

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA CONDITION

DE LA

SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

PENDANT LA PÉRIODE CONSTITUTIVE

ET DES

CONTRATS SE RAPPORTANT A SA FONDATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

sera soutenue le Mardi 22 novembre 1898 à 1 heure.

PAR

LOUIS GOIFFON

Avocat à la Cour d'Appel.

Président : M. THALLER, professeur,
Suffragants { MM. LYON-CAEN, professeur,
SALEILLES, agrégé.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1898

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA CONDITION
DE LA
SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

PENDANT LA PÉRIODE CONSTITUTIVE

ET DES

CONTRATS SE RAPPORTANT A SA FONDATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

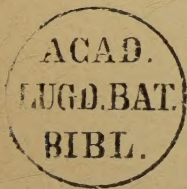
sera soutenu le Mardi 22 novembre 1898 à 1 heure.

PAR

LOUIS GOIFFON

Avocat à la Cour d'Appel.

Président : M. THALLER, *professeur*,
Suffragants } MM. LYON-CAEN, *professeur*,
SALEILLES, *agréé*.



PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1898

INTRODUCTION

ORIGINE DE LA PÉRIODE CONSTITUTIVE.

Depuis qu'elle existe (1), la société se formant par appel au crédit public, a toujours été précédée d'une phase préparatoire employée à sa formation, avant la complète réunion de ses éléments, ses fondateurs ont toujours dû se livrer à des recherches, plus ou moins longues, ils ont toujours été forcés de passer un certain temps à trouver des actionnaires et à recueillir le capital social. Il y avait là une sorte de période constitutive de fait, mais aucune règle de droit ne retardait la naissance de la société, elle

1. Si l'on recherche l'origine des sociétés faisant appel au crédit public, on constate que les sociétés par actions ordinaires ont été créées par le Code de 1807. Quant aux sociétés anonymes, il n'est peut-être pas trop facile d'indiquer dans quelle mesure elles faisaient appel au crédit public à leur début. Disons cependant qu'on rencontre des sociétés anonymes au Moyen-Age en Hollande et dans les villes italiennes. Elles ont traversé tout l'ancien régime. Il suffit de citer les compagnies des Indes orientales et des Indes occidentales et la célèbre banque de Law.

pouvait entrer dans son exercice normal quand même le capital social aurait été insuffisant.

En France, la loi du 17 juillet 1856 (1) et surtout celle du 24 juillet 1867 ont décidé que la formation de la société serait retardée par plusieurs formalités, c'est le temps demandé par leur accomplissement que nous appelons aujourd'hui période constitutive.

Pourquoi la loi a-t-elle prescrit ces formalités et imposé ainsi une période constitutive ?

Il est évident qu'elle a agi sous l'influence d'une idée de sévérité, qu'elle a voulu prendre des précautions contre les imprudences ou la mauvaise foi des fondateurs de sociétés et assurer la sécurité des actionnaires.

Une longue expérience a, en effet, démontré que, si les sociétés faisaient appel au public, les sociétés par actions sont de nature à produire des effets économiques merveilleux, elles ont, en revanche, leur côté faible. On a vu trop souvent l'argent des souscripteurs attiré et perdu dans des sociétés reposant sur un capital en nature imaginaire et visant un but irréalisable. En même temps qu'une

1. La loi du 17 juillet 1856 avait prescrit pour la société par actions proprement dite la souscription intégrale du capital social, le versement du quart sur chaque action, la vérification des apports en nature et des avantages particuliers que s'étaient attribués les fondateurs. Toutes ces formalités devaient précéder la constitution définitive de la société.

source de richesses, la société par actions a été la cause de bien des ruines.

On est naturellement porté à s'armer contre de tels dangers et ce n'est pas d'aujourd'hui que l'on essaie de prémunir les actionnaires, en ne permettant la constitution des sociétés que sous certaines conditions.

La première idée qui est venue à l'esprit du législateur a été de charger les pouvoirs publics de veiller eux-mêmes à la formation des sociétés et de leur refuser le droit de se constituer si elles ne paraissaient pas présenter des chances de réussite sérieuses.

Cette idée n'est certainement pas étrangère à la règle qui, depuis le xvi^e siècle (1), défendait aux sociétés anonymes de se fonder sans un « privilège du roi ».

Ce fut également pour protéger les actionnaires que l'article 37 du Code de commerce obligea les sociétés anonymes à obtenir une autorisation par décret sur avis du Conseil d'Etat.

La précaution du législateur de 1807 était insuffisante : d'abord la nécessité de l'autorisation n'était pas imposée aux sociétés en commandite par actions ordinaires, ensuite toutes les sociétés par actions

1. Cauwès : *Economie politique*, II, p. 252 ; Lyon-Caen et Renault : *Traité des Sociétés commerciales*, n° 666 et s.

pouvaient commencer à fonctionner sans contrôle avant l'entière réalisation des souscriptions, avec un capital social trop faible.

L'inutilité et le danger de l'autorisation se feront bientôt sentir. Contrairement à l'idée qui veut que l'on favorise la constitution des sociétés par actions, sources de prospérité dans un pays, on vit des autorisations arbitrairement refusées. D'un autre côté, dans le cas où l'autorisation était accordée, la vigilance de la loi n'était souvent qu'une illusion dangereuse : soit parce qu'il ne le voulait pas, soit parce que c'était très-difficile, le Conseil d'Etat n'exerçait qu'un contrôle inefficace (1) et l'autorisation était donnée quand on aurait dû la refuser.

On supprima en 1863 l'autorisation pour les sociétés anonymes dont le capital ne dépassait pas vingt millions, ces sociétés reçurent le nom de *Sociétés à responsabilité limitée*.

Enfin, en 1867, le système dit de la *réglementation légale* (2) remplaça le système de l'autorisation qui

1. « En fait, le Conseil d'Etat avait adopté une jurisprudence en vertu de laquelle, il exigeait ou rejetait presque toujours certaines clauses. » (Lyon-Caen et Renault, *Traité des Sociétés commerciales*, n° 669).

2. « C'est le régime de la *liberté réglementée*. » (Thaller. *Traité de droit commercial*, n° 198). L'autorisation a été supprimée également presque partout à l'étranger. Elle subsiste encore cependant en Hollande, en Roumanie et en Autriche.

n'a plus subsisté que pour les compagnies d'assurances sur la vie (1).

La réglementation légale avait pour effet de créer une surveillance très sérieuse de la part des actionnaires sur la société définitivement constituée.

Mais, et c'est surtout ce qui doit nous intéresser, la loi de 1867 voulait également que la société se constituât avec toutes les garanties nécessaires pour assurer la sécurité des souscripteurs.

Comme la loi de 1856, avant que la société pût se constituer, elle exigea :

- 1° *La souscription intégrale du capital social ;*
- 2° *Le versement du quart ou de la totalité du montant de chaque action ;*
- 3° *Le dépôt des statuts et la déclaration des souscriptions et des versements chez un notaire ;*
- 4° Enfin les actionnaires durent se réunir pour *apprécier les apports et nommer les premiers fonctionnaires sociaux.*

Ces réunions d'actionnaires reçurent le nom d'*assemblée générales constitutives, ou assemblées de vérification d'apports.*

Mais, tandis que la loi de 1856 n'imposait ces

1. Art. 66 de la loi du 24 juillet 1866. Cette autorisation n'est exigée que si les sociétés d'assurances sont anonymes (Lyon-Caen et Renault, n° 918). V. sur les sociétés d'assurances, le décret du 22 janvier 1868).

conditions qu'aux sociétés par actions proprement dites, la loi de 1867 les exigeait aussi de toutes les sociétés anonymes.

Depuis 1867, ce n'est qu'après les formalités qui viennent d'être énumérées qu'une société par actions peut se former. Le résultat de la loi de 1867 a été que, à partir du moment où les fondateurs ont décidé de former une société jusqu'au moment de sa constitution, il existe une période légale de préparation appelée période constitutive.

Voilà à la suite de quelle évolution et pour quels motifs il s'est établi dans les sociétés une phase légale de formation :

L'étude de cette phase de formation ne doit pas séparer les deux espèces de sociétés par actions : que l'on ait à voir une société dans laquelle la responsabilité des associés est limitée à leur part sociale ou une société dans laquelle les associés en nom sont responsables sur tous leurs biens, la marche à suivre est la même.

Nous traiterons donc ensemble les deux sortes de sociétés en indiquant à l'occasion les différences qui pourront les séparer et, puisqu'il s'agit de la formation, de la constitution des sociétés, nous désignerons ceux qui les constituent qui les fondent sous le nom de fondateurs : qu'il s'agisse de la société en commandite ou de la société anonyme, c'est l'expression qui paraît le mieux convenir.

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINITION DE LA PÉRIODE CONSTITUTIVE.

CHAPITRE PREMIER

DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS QUI SE FORMENT SANS APPEL AU CRÉDIT PUBLIC.

Il y a des sociétés par actions qui ne sont pas précédées d'une période constitutive :

Si la période constitutive est le temps demandé par *la souscription intégrale du capital social, le versement légal, la déclaration devant notaire, les assemblées constitutives*, plus ces formalités seront vite remplies, plus la période constitutive sera courte.

C'est la souscription du capital social qui dure le plus longtemps, et quand cette souscription est rapide, la période de formation de la société est considérablement réduite.

Si, au lieu de s'adresser au public, les fondateurs ont le moyen de souscrire entièrement eux-mêmes le capital social, aucune disposition de la loi ne les empêche de le faire (1). Ils se réuniront, décideront de former une société par actions, souscriront et effectueront immédiatement le versement légal, conviendront de la valeur des apports en nature et nommeront les premiers fonctionnaires sociaux. Tout cela pourra avoir lieu instantanément, il pourra ne s'écouler aucun intervalle de temps entre le moment où le plan de la société a été dressé et son entière constitution. On dira que la période constitutive a été réduite à son minimum ou même qu'elle a complètement disparu (2).

La constitution des sociétés établies ainsi entre fondateurs et sans appel au crédit public est parfaitement conforme à la loi : il y a eu souscription intégrale du capital, versement légal sur chaque action, approbation des apports des associés. Il est vrai que tout cela a été instantané, s'est confondu et qu'il n'y a qu'une seule des formalités légales qui

1. Lyon-Caen et Renault. *Traité des sociétés commerciales*, n° 686.

2. En Allemagne, l'article 209^a de la nouvelle loi de 1884 dit : Dans le cas où toutes les actions sont souscrites par les fondateurs, la société est considérée comme créée par le fait de cette souscription. (*Ann. lég. étr.* 1884 p. 112). C'est l'hypothèse de la *fondation simultanée* à côté de la *fondation successive*.

se soit nettement détachée des autres : c'est celle qui consiste dans le dépôt chez un notaire des statuts et de la liste des souscriptions et des versements.

Si la loi n'est pas violée, l'existence de telles sociétés présente cependant de graves dangers, elles ont été considérées avec raison comme un des plus périlleux écueils dans le fonctionnement général des sociétés par actions (1).

Quelquefois la société entre fondateurs reste une société fermée, ils gardent pour eux les actions que le pacte social leur a attribuées, leur intérêt est alors seul en jeu, il n'y a à craindre que pour eux. La société entre fondateurs ne présente alors aucun inconvénient.

Mais les actions sont faites pour circuler, elles sont négociables et, la plupart du temps, les fondateurs les lancent dans le public dès qu'ils ont vérifié eux-mêmes leurs apports et nommé leurs premiers fonctionnaires sociaux.

Les acheteurs qui se procurent de telles actions sont pleins de confiance : par le seul fait que la société s'est légalement constituée, ils se croient dans une sécurité parfaite.

Or, aucune surveillance ne s'est exercée sur la

1. Thaller. *De la réforme de la loi sur les sociétés par actions*, p. 13 et s.

constitution de la société dans laquelle ils entrent. Les fondateurs ont vérifié eux-mêmes l'intégralité du capital social, ils ont pu s'entendre pour considérer comme réels des versements fictifs. Aucune espèce de contrôle n'a pu les empêcher de taxer leurs apports avec exagération, de se conférer des avantages particuliers excessifs, d'augmenter ainsi les frais de premier établissement et d'exposer les futurs actionnaires à des pertes.

Il peut arriver que ce soit justement pour échapper à toute surveillance, à tout contrôle (1), pour pouvoir établir des sociétés aux capitaux fictifs, pour être libres d'exagérer à leur aise le montant de leurs apports en nature que les fondateurs ont choisi un tel procédé.

Et finalement, les acheteurs d'actions qui se croient à l'abri, sont exposés à tous les dangers que le législateur de 1867 avait pour but de faire disparaître en organisant les formalités de la période constitutive.

En permettant ainsi l'établissement sans contrôle de sociétés par actions entre fondateurs, la loi française laisse donc une porte largement ouverte aux abus.

1. C'est peut-être pour ce motif que le nombre des sociétés qui se forment entre fondateurs tend à beaucoup s'augmenter.

Quel remède faudrait-il lui appliquer et comment la compléter pour empêcher de pareils inconvénients ?

On ne peut certainement pas proscrire les sociétés par actions entre fondateurs. Si les fondateurs ont entre les mains les moyens nécessaires, pourquoi les mettre dans cette alternative : ou de s'exposer aux ennuis d'une souscription publique, ou de ne pouvoir éventuellement pendant le cours de la société se débarrasser de leurs parts sociales au profit du public ? Economiquement ce serait une gêne pour le commerce et l'industrie.

Il vaudrait mieux que la loi française imitât l'exemple de certains pays étrangers. En Allemagne par exemple, pour qu'une société puisse fonctionner, il faut que son inscription sur le registre du commerce ait été permise par l'autorité judiciaire (1). L'autorité judiciaire examine si la société a été constituée conformément à la loi. Cet examen, dans les sociétés entre fondateurs, remplace la vérification des assemblées générales qui est impraticable.

En 1884, à l'époque où le projet de loi sur les sociétés par actions fut soumis au Sénat, on proposa de faire contrôler les assertions des fondateurs par une enquête judiciaire (2). On ne revenait pas, en

1. Loi allemande de 1884, art. 178. *Ann. lég. étr.* 1884, p. 106.

2. Mais on ne prévoyait que le cas où il existe des assem-

usant d'un tel procédé, à l'autorisation du gouvernement, qui, avant 1867 devait être accordée aux sociétés anonymes et qu'on avait eu raison de faire disparaître.

L'enquête aurait été faite par des experts nommés par le tribunal, mais tandis que, avant 1867, le gouvernement pour accorder ou refuser l'autorisation n'avait que son bon vouloir pour guide, les experts auraient eu seulement à voir si la loi avait été observée et si les affirmations des fondateurs étaient vraies. Et s'ils n'avaient découvert aucune fraude, aucune violation de la loi, l'autorité judiciaire n'aurait pas pu refuser à la société l'autorisation de se former.

Cette sorte d'homologation judiciaire peut encore paraître trop voisine du système de l'autorisation. M. Thaller a proposé une autre méthode (1) : les experts, d'après leurs constatations, se contenteront de donner un avis favorable ou défavorable, mais l'avis défavorable n'empêchera pas la constitution de la société.

Seulement, pour que l'enquête ne soit pas vaine, pour qu'elle remplisse son but qui est de prévenir les tiers, il faudra donner à cet avis une publicité

blées constitutives. Voir l'article 9 du projet. *Annexes de l'Officiel* (Sénat) du 6 décembre 1883, p. 1097.

1. Thaller, *Traité de droit commercial*, n° 437.

suffisante. Il faudrait peut-être aller jusqu'à obliger les fondateurs à mettre sur les documents de la société : société constituée après avis favorable quand l'enquête aurait produit un bon résultat et : société constituée après avis défavorable, ou simplement : société constituée, si l'enquête avait été mauvaise.

Remplaçant les assemblées générales, une telle expertisé remplirait leur rôle d'une façon moins effective, puisque dans le cas d'exagération des apports, elle n'empêcherait pas la société de se former, mais elle éveillerait la méfiance des tiers, en les prévenant des dangers qu'une telle société présente, elle serait ainsi un remède contre les abus si fréquents dans les sociétés constituées entre fondateurs (1).

1: La loi allemande de 1884, dans son article 209^b confie le contrôle de la régularité des opérations de fondation de la société aux membres de sa direction et à un conseil de surveillance, mais elle ajoute: « Si les membres de la direction ont en même temps la qualité de fondateurs, ou s'ils ont stipulé un avantage particulier, un contrôle doit avoir lieu en outre par les soins de reviseurs spéciaux nommés par la chambre de commerce ou à son défaut, par la direction et le conseil de surveillance. Ce contrôle fait l'objet d'un rapport écrit » (*Annuaire de législation étrangère*, 1884, p. 113). On voit que la loi allemande donne ici plus de garanties que la loi française.

CHAPITRE II

DES CAS DANS LESQUELS IL Y A UNE PÉRIODE CONSTITUTIVE.

Les sociétés par actions qui ne sont pas précédées d'une période constitutive, celles qui se forment instantanément entre fondateurs sont les plus rares (1). Habituellement la réunion du capital social a lieu par appel à l'épargne publique, les souscriptions sont plus ou moins longues : il y a une phase de préparation.

La durée de cette phase de préparation dépend, nous l'avons dit, de la rapidité avec laquelle les souscriptions sont couvertes.

En France, aucune disposition de loi ne limite la durée de la période constitutive à un temps donné ; il semble bien qu'on ait raison de laisser sur ce point toute latitude aux fondateurs de sociétés, il

1. Elles tendent cependant à devenir de plus en plus nombreuses, à cause de l'avantage qu'elles présentent, d'échapper à toute surveillance et à tout contrôle.

y a beaucoup de causes qui peuvent rendre la constitution de la société très difficile et très longue, même quand l'entreprise est assurée du succès.

L'article 31 de la loi belge semble limiter la période constitutive à trois mois (1). La loi du 21 juin 1873 pour l'Etat de New-York dit que, si la société n'est pas constituée un an après que la licence pour ouvrir le registre des souscriptions a été délivrée, on est déchu de cette licence et on n'en obtient pas une seconde (2).

En France, la loi ne fixe pas le moment de l'ouverture de la période constitutive des sociétés par actions. Dans les systèmes qui, comme en Angleterre, font de la société un véritable être juridique dès le début de sa période constitutive, il est intéressant de déterminer ce moment.

Disons tout de suite que, si l'on veut donner à la période constitutive une importance quelconque en droit, il semble qu'on ne peut pas la faire commencer par autre chose que par le premier rapport juridique, le premier engagement intervenu entre plu-

1. Art. 31, loi belge de 1873 (*Ann. de lég. étrangère*, 1873, p. 343 ; la loi allemande dit que le bulletin de souscription indiquera un délai passé lequel les souscripteurs sont relevés de leur engagement si la société ne se forme pas. Elle limite ainsi la période constitutive.

2. Rodolphe Rousseau, *Traité des Sociétés françaises et étrangères*, II, p. 115 et suivantes ; V. aussi l'article 99 de la loi italienne (E. Turrel, *Du nouveau Code de commerce italien*).

sieurs des futurs associés dans le but de créer la société. Les projets, les combinaisons, les offres qui ont pu le précéder n'ont modifié en aucune façon le droit commun et n'ont pas établi de situation juridique nouvelle.

Ce premier engagement peut varier.

Si la société n'a qu'un seul fondateur (1), ce sera le premier contrat de souscription d'actions.

Si elle en a plusieurs, et qu'ils attendent pour s'engager les uns envers les autres que les souscriptions aient commencé, ce sera également le premier contrat de souscription d'actions.

Si les fondateurs, avant de commencer les souscriptions veulent d'abord rédiger et signer les statuts, s'ils veulent, en premier lieu s'obliger mutuellement à faire leur possible pour constituer la société, cette convention entre eux sera le premier lien de droit entre associés futurs, le début de la période préparatoire.

La période constitutive est, en effet, caractérisée par plusieurs engagements, plusieurs contrats entre associés.

Le premier est un contrat entre fondateurs, c'est généralement par lui que commencent les constitutions de sociétés. Dans une étude de la société en

1. Deuxième partie, chapitre II, § 1.

formation, c'est lui qu'il faut examiner en premier lieu, il est la source des obligations qui existent entre les fondateurs.

Le second contrat est le contrat d'apport : dans une première convention, les fondateurs avaient promis de mettre tous leurs efforts à la constitution de la société, maintenant, un fondateur quelconque s'engage à fournir à la société telle ou telle chose si elle se constitue. Dans la pratique ce deuxième engagement est confondu avec le premier, mais ils doivent être distingués l'un de l'autre ; nous verrons (1) que le contrat d'apport est conditionnel tandis que le contrat initial entre fondateur est pur et simple.

Le troisième contrat se sépare nettement des deux autres, il intervient entre les fondateurs et un souscripteur, le souscription promet de fournir des fonds à la société si elle se forme, c'est encore un contrat conditionnel.

En examinant successivement dans trois chapitres la nature et les effets de ces trois contrats, on aura étudié à peu près tout ce qu'il y a dans la période constitutive et on sera en mesure d'examiner en terminant ce que peut être la société pendant sa période de préparation.

1. Voir deuxième partie, chap. II, § 1.

Quant à l'événement qui met fin à la période constitutive, c'est la loi elle-même qui l'indique. La période constitutive se termine au moment où la société se forme définitivement.

Pour les sociétés en commandite par actions ordinaires, l'article 4 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1867 dit que la société est définitivement constituée aussitôt que les apports en nature et les avantages particuliers faits aux fondateurs ont été approuvés par la seconde assemblée générale.

Quant aux sociétés anonymes, d'après l'article 25, elles naissent dès que les administrateurs et les commissaires de surveillance présents à la dernière assemblée générale ont accepté leurs fonctions.

Il semble bien y avoir là une légère différence entre les deux sortes de sociétés, mais cette différence est plutôt dans les mots que dans les choses. Dans les sociétés en commandite par actions simples, il n'est pas besoin d'attendre la nomination des administrateurs, puisqu'ils ont été désignés par les statuts et que leurs noms sont indiqués dans la raison sociale.

Reste le conseil de surveillance : Si, d'après l'article 5 al. 2, le conseil de surveillance n'est nommé par l'assemblée générale qu'après la constitution de la société, d'après le même article, il ne peut être fait aucune opération sociale avant son élection.

Donc, que la société soit anonyme ou en commandite, elle ne peut fonctionner, elle n'a une existence réelle, elle ne sort de la période constitutive que quand elle est munie de tous ses rouages. Pour les deux sortes de sociétés, la règle est au fond la même et, pratiquement, au point de vue des opérations sociales, la période de formation finit en même temps que la dernière assemblée générale constitutive (1).

La période préparatoire des sociétés est ainsi délimitée, définie, voyons maintenant, dans l'ordre que nous avons indiqué, les contrats qui la dirigent, les personnages qui y jouent un rôle quelconque et les choses qui y sont l'objet d'un droit.

Ce sera l'objet de la seconde partie qui étudiera :
1° *Le contrat initial entre fondateurs* et les rapports des fondateurs entre eux. 2° *Le contrat d'apport* et les rapports des fondateurs-apporteurs avec les autres fondateurs. 3° *Le contrat de souscription d'actions* et les rapports des souscripteurs avec les fondateurs.

1. V. Loi allemande de 1884, art. 175 f. « La constitution de la société ne peut avoir lieu qu'en exécution d'un vote de l'assemblée générale. (*Bull. de lég. comp.* p. 339).

DEUXIÈME PARTIE

DES TROIS SORTES DE CONTRATS ENTRE LES
FUTURS ASSOCIÉS. — DE LEURS DROITS ET
DE LEURS OBLIGATIONS RÉCIPROQUES.

CHAPITRE PREMIER

DU CONTRAT INITIAL ENTRE FONDATEURS. — RAPPORT
DES FONDATEURS ENTRE EUX.

Quand on veut examiner la période préparatoire des sociétés par actions on se trouve tout d'abord en présence de la personne ou des personnes qui ont eu les premières l'idée de la société et qui s'occupent activement de sa constitution, c'est-à-dire des promoteurs de l'entreprise, des fondateurs.

Il peut se produire deux hypothèses : il peut y avoir un seul fondateur, il peut s'en rencontrer un plus grand nombre.

Section première. — Du fondateur unique.

Un industriel, un commerçant dont le chiffre des affaires augmente et qui voudrait l'augmenter encore a l'idée, pour développer ses moyens d'action, de s'adjoindre des actionnaires, des bailleurs de fonds, d'établir soit une société en commandite, soit une société anonyme. Il rédige immédiatement des statuts, les signe, les dépose chez un notaire et prévient les capitalistes à l'aide de prospectus.

Ce n'est pas parce qu'il est seul qu'il ne peut pas fonder une société. Nulle part la loi ne dit qu'il doit y avoir plus d'un fondateur. L'article 23 de la loi de 1867 indique que la société anonyme ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept, mais sur ces sept associés il peut y avoir six actionnaires et seulement un fondateur (1).

La loi anglaise, au contraire exige que la société *limited* soit formée par sept personnes qui s'engagent entre elles en rédigeant un *memorandum d'association*, ces sept personnes doivent prendre au moins une action chacune et signer le memorandum (2).

1. Thaller, *De la réforme de la loi sur les sociétés par actions* (*Journal Sociétés*, 1884, p. 738).

2. John Rand Bailey, *Manuel pratique de procédure anglaise, et Recueil des lois à l'usage des Français et des Belges*.

Par le fait de ces engagements et de la signature du memorandum, les sept associés de la loi anglaise sont considérés comme des fondateurs.

C'est peut-être ce que l'on a voulu imiter en France (1), mais, entre le système anglais et le nôtre il n'y a guère d'autre ressemblance que le nombre de sept qui est exigé dans les deux pays (2). En Angleterre les sept associés nécessaires sont responsables, en France, la loi n'exige pas qu'ils signent les statuts, qu'ils deviennent ainsi fondateurs et acquièrent la responsabilité attachée à ce titre (3).

Un fondateur unique peut donc suffire, mais s'il veut fonder une société anonyme, il est obligé de se trouver au moins six actionnaires.

Section II. — De la pluralité des fondateurs.

Il est rare de ne rencontrer qu'un fondateur. Les inventeurs, les industriels qui veulent exploiter une

1. Lyon-Caen et Renault : *Traité soc. com.* n° 683.

2. L'article 29 des lois belges de 1873 et de 1886 exige également que les associés au nombre de sept dans la société anonyme, (*Ann. lég. franc. et étr.* 1873, p. 342). L'article 209 de la loi allemande dit qu'il doit être fait « par cinq souscripteurs au moins » un acte judiciaire ou notarié sur la constitution de la société anonyme, (*Bull. de lég. comp.* 1884, p. 429).

3. V. 2^e partie. Chap. III, section 3^e.

découverte ou mettre en marche une grande entreprise ne jouissent pas souvent des capacités nécessaires pour réunir le numéraire dont ils ont besoin. Ils s'adressent à des financiers désireux d'utiliser leur crédit. Ils débattent ensemble les conditions dans lesquelles ils uniront leurs fonds et cherchent la combinaison la plus propre à faire réussir la société par actions. Ce n'est pas encore là véritablement la période constitutive d'une société, c'est la phase de discussion : nous sommes en présence de gens qui se communiquent leurs vues sans échanger aucune promesse.

Mais supposons qu'ils viennent à s'entendre, la convention qui intervient entre eux les unit par un lien de droit, elle ouvre la période constitutive et elle a une importance capitale, que la société se constitue ou ne se constitue pas.

§ 1^{er}. — *De la nature du contrat entre fondateurs.*

Par le premier contrat qui intervient entre eux, les fondateurs s'engagent à faire leur possible pour constituer la société par actions.

Les uns s'obligent à ouvrir les souscriptions et à remplir les formalités constitutives, ils promettent de fournir leur industrie pour former la société.

Les autres s'engagent à promettre dans une se-

conde convention un apport en nature et à maintenir la promesse de cet apport, ils joignent ainsi aux efforts des autres fondateurs un élément de crédit qui attirera la confiance des souscripteurs.

Enfin, les fondateurs, dans le premier contrat qui les lie réciproquement, fixent, s'il y a lieu, les avantages particuliers qui devront leur être attribués en compensation de ce qu'ils auront fait pour la constitution de la société.

Le contrat initial entre fondateurs qui vient d'être défini ne doit pas se confondre avec la promesse que les fondateurs peuvent faire de fournir des apports en nature à la société. Cette seconde obligation est conditionnelle : elle ne recevra son exécution que si la société se constitue, tandis que le premier contrat est pur et simple, oblige immédiatement les fondateurs à faire ce qu'ils ont promis, peut dans tous les cas se résoudre en dommages et intérêts s'il n'est pas exécuté, et produit ses effets, même si la société ne peut parvenir à sa formation définitive.

Quelle est la nature du premier contrat entre fondateurs ? Il semble qu'il établisse entre eux une société civile (1), ayant pour objet de fonder une autre société qui est la société par actions future et c'est

1. Voir un article de M. Thaller (*Revue critique*, 1881 p. 534).

de ce contrat et de la société civile qu'il forme que veut parler un jugement du tribunal civil de Lyon (1) qui dit : « L'acte constitutif de société fait avec la mention de style que pouvoirs sont donnés aux administrateurs de régulariser le traité au mieux, n'est pas seulement un projet, mais un véritable contrat de société qui lie entre elles les parties contractantes, bien qu'il soit resté imparfait, parce qu'il n'a pas été suivi de l'accomplissement des formalités voulues par la loi de 1867. Les conditions imposées par un tel contrat constituent une obligation de faire pouvant se réduire en dommages et intérêts. »

D'après l'article 1832 du Code civil, la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

Par leur convention initiale, les fondateurs conviennent-ils de mettre quelque chose en commun ?

Nous avons dit que les uns s'obligeaient à fournir leur industrie en recueillant le capital social et en remplissant les formalités de constitution.

Nous avons ajouté que les autres s'engageaient à juxtaposer au contrat initial entre fondateurs un second contrat les obligeant conditionnellement à

1. Tribunal civil de Lyon. 1^{re} chambre 29 avril 1893 (*J Sociétés* 1894, p. 31).

faire un apport en nature à la société à venir. Cette promesse donne de la confiance aux fondateurs chargés de réunir le capital social, attire les souscriptions, facilite par conséquent l'œuvre des fondateurs. Elle constitue un apport en crédit.

Toutes les parties du contrat initial entre fondateurs font donc un apport, elles mettent quelque chose en commun, mais est-ce bien en vue de partager le bénéfice qui doit en résulter, comme dit l'article 1832 du Code civil ?

Il a été dit que les fondateurs fixaient, dans leur première convention les avantages particuliers qui devaient, une fois la société par actions constituée, les rémunérer de leurs efforts pendant la période constitutive.

Ces avantages représentent les bénéfices de la société civile entre fondateurs. Comme dans toute société, ils sont conditionnels et subordonnés à la réussite de l'entreprise, ils ne se produisent que si la société se constitue définitivement. Si la société par actions ne se constitue pas, les pertes, les dépenses devront, par une juste réciprocité, être réparties entre tous les fondateurs (art. 1855, C. c.).

Il est toutefois possible que les fondateurs ne stipulent aucun avantage particulier dans la société à venir. Dans cette hypothèse qui est assez rare, il y a absence de bénéfices et, par conséquent, pas de

société civile entre fondateurs (à moins que l'on ne voie un bénéfice suffisant dans l'existence de la société par actions projetée qui devient une source de profits pour tous les propriétaires d'actions, surtout d'actions d'apport).

Quelquefois, au lieu de dire : la société civile des fondateurs, on dit : l'association en participation des fondateurs (1). Comme l'article 1833, 2^e al. du Code civil, dit que chaque associé doit apporter dans la société de l'argent ou d'autres biens ou son industrie, peut-être ne voit-on pas un apport dans le crédit procuré aux fondateurs par les promesses des fondateurs-apporteurs en nature. Les associations en participation ne nécessitant ni fonds commun, ni apports de tous les associés, on pouvait dire : Le contrat initial entre fondateurs ne crée pas une société civile, mais une association en participation.

Qu'on soit en présence d'une société civile ou d'une association en participation, la personne de ceux des fondateurs qui ne jouent pas un rôle actif dans la constitution de la société restera forcément dans l'ombre. L'association ou la société sera toute intérieure, elle ne produira aucun effet vis-à-vis des tiers ; les associés pourront seulement avoir recours

1. Percerou, *Thèse de la Faculté de Dijon*, 1896 p. 187.

les uns contre les autres (conformément aux articles 1848, 1862 et suivants du Code civil s'il s'agit d'une société civile).

Car ni l'association, ni la société de fondateurs ne sont commerciales. Elles n'ont pas pour objet des actes de commerce puisqu'elles tendent à la réunion d'un nombre donné de contrats de souscription d'actions qui, d'après l'opinion généralement reçue, sont des actes civils(1). De plus elles ne reçoivent pas la publication qui caractérise les sociétés commerciales.

Nous admettons donc que le contrat initial entre fondateurs crée une société civile ou une association civile en participation, sauf cependant dans le cas où les fondateurs ne stipulent aucun avantage particulier dans la société future.

Le contrat entre fondateurs ne serait plus alors un contrat de société, faute d'un élément : les bénéfices éventuels. Ce serait un contrat synallagmatique faisant naître pour les cocontractants une obligation de faire, soit de s'employer à recueillir les souscriptions, soit de s'engager à verser un bien quelconque à la société future. Peut-être même pourrait-on dire que les fondateurs qui restent inactifs

1. Cependant beaucoup d'auteurs disent que l'obligation du souscripteur est commerciale (Lyon-Caen et Renault, n° 560).

donnent mandat aux autres de réunir le capital en numéraire (1).

Du reste l'hypothèse que nous envisageons est rare, presque toujours les fondateurs stipulent par leur contrat initial des avantages dans la société par actions qu'ils veulent fonder. Quel est le caractère de ces avantages ? C'est ce qu'il faut examiner.

§ 2. — *Des effets du contrat entre fondateurs.*

A. — *Des bénéfices que les fondateurs stipulent.* — *Des parts de fondateur.* — Les avantages destinés à rémunérer les fonctions de fondateur, les bénéfices qu'ils se confèrent dans la société future, sont généralement représentés par des parts de fondateur.

Ce sont des titres négociables, généralement au porteur, qui seront créés par la société au profit des fondateurs (2). Ces titres permettront à leurs

1. Ce mandat se découvrirait dans l'expression de style contenue dans certaines conventions entre fondateurs : « Pouvoirs sont donnés aux administrateurs de régulariser le traité au mieux » voir p. 26, note 1. *Journal des Sociétés*, 1894, p. 31.

2. On emploie parfois aussi l'expression de parts de fondateur pour désigner des droits semblables conférés à d'autres personnes qu'aux fondateurs. On en attribue ainsi aux souscripteurs d'un certain nombre d'actions (Paris, 19 avril 1886 et 4 juin 1886. *J. Sociétés*, 1887, p. 17 et 193) ou aux anciens actionnaires en cas d'émissions nouvelles pour qu'ils soient mieux traités que les actionnaires nouveaux

propriétaires ou à leurs porteurs de prendre part chaque année aux dividendes, mais ils ne leur donnent pas un droit d'immixtion dans la société.

Les parts de fondateurs sont de création assez récente et les questions qui les concernent sont encore à peu près neuves.

Que sont exactement les parts de fondateur ?

Dans un article de la *Revue critique* de 1881 (1), M. Thaller considère ces parts comme des parts sociales dans la société civile entre fondateurs. Lorsque la société par action, qui est l'objet de la société civile entre fondateurs, se forme, les parts sociales de la société civile deviennent des parts dans la société par action nouvelle. Elles sont comparables à des actions et sont négociables comme elles.

On pourrait se refuser à assimiler les parts de fondateur à des actions pour deux raisons : d'abord parce qu'elles ne font pas nominalement partie du capital social, ensuite parce qu'elles ne donnent pas, qu'elles refusent à leur titulaire le droit d'entrée dans les assemblées générales de la société par actions qui interviendra.

De ce que les parts de fondateur ne sont pas

(Trib. com. Seine, 20 juillet 1884, J. *Sociétés*, 1885, p. 363).
Aussi : Lyon-Caen et Renault, *Traité des sociétés*, p. 336.

1. Thaller, *Revue critique* de 1881, p. 534.

comprises dans l'évaluation du capital social, on ne peut pas tirer forcément comme conséquence qu'elles sont en dehors de la société. Le capital social nominal comprend le numéraire et les apports en nature, on ne fait pas entrer dans l'évaluation de ce capital les apports en industrie. Les actions de numéraire et d'apport porteront sur le capital en numéraire et en nature. Ce sont les parts de fondateur qui correspondent au capital en industrie, on ne mentionnait pas le capital en industrie, pourquoi aurait-on parlé des droits sociaux qui lui correspondaient ?

D'un autre côté, pour les parts de fondateurs, pas plus que pour les actions en jouissance, on ne pouvait accorder l'entrée dans les assemblées générales. Ni les uns, ni les autres ne pouvaient dans ces assemblées constituer un élément de calcul du *quorum* et de la majorité qui se compte sur le capital social nominal (1).

Donc les parts de fondateurs sont bien dans la société par actions des parts d'associés (2) et pas des créances comme le disent ceux qui ne veulent pas les assimiler comme nous à des actions (3), A plus

1. Loi de 1867, art. 29 et 30.

2. Lyon-Caen et Renault, *Traité des sociétés commerciales*, n° 560.

3. V. Percerou (thèse de la Faculté de Dijon 1896, p. 163), M. Arthuis (*Revue critique*, 1897, p. 273 et s.) dit que

forte raison sont-elles des parts sociales dans la société originaire entre fondateurs.

On peut se demander si les parts de fondateurs sont négociables pendant la période constitutive.

Quand on admet que les parts de fondateur sont des parts sociales dans la société civile qui précède la société par action définitive, on peut être tenté de tenir le raisonnement suivant : « Si, dans les sociétés commerciales, la cession et la négociabilité des parts d'associés est étroitement réglementée par la loi, dans les sociétés civiles, l'opinion générale admet que la liberté est plus grande et que, si la société est régulièrement constituée, les associés ont toute latitude pour faire circuler à leur gré leurs parts sociales, pourvu que leur convention ne le leur interdise pas. Donc les parts de fondateur peuvent être négociées. »

Nous supposons admis que les parts de fondateur sont des parts sociales dans la société préalable. Mais nous devons ajouter que les parts de fondateur sont encore et surtout des avantages dont l'existence dépend de la constitution de la société dé-

c'est une créance, il examine la question de savoir si les parts de fondateur ne peuvent être négociées avant les deux ans, comme les actions d'apport ; V. aussi : Houpin (*J. des Sociétés*, 1897, p. 361) ; Lecouturier (*Revue critique de lég. et de jur.*) et Wahl (Note sous un arrêt de la Cour de Paris du 16 juillet 1896. S. 98, 2, 89).

finitive et de leur approbation dans les assemblées constitutives : ce sont comme les actions des parts sociales conditionnelles dans la société à venir (1).

Il y a les mêmes raisons pour appliquer des règles identiques à toutes les parts sociales conditionnelles, elles sont exposées aux mêmes périls de spéculation. On en conclura donc que, pendant la période constitutive elles ne sont pas plus négociables que les actions (Art. 2 de la loi du 24 juillet 1867). C'était bien là l'idée du projet de loi de 1883-1884. Il avait voulu prohiber, pendant trois ans, la négociation des parts de fondateur, et par là il semblait la reconnaître bien plus dangereuse que la négociation des actions ordinaires. Si les parts de fondateur sont aussi assimilables à des actions et qu'on doive leur appliquer toutes les mesures dictées par l'intérêt public dans la réglementation des actions, ce n'est pas parce que les parts de fondateur sont également des parts sociales dans une société civile quelconque que l'on devra éviter de leur appliquer les mesures qui régissent les actions.

Donc la part de fondateur n'est pas négociable pendant la période constitutive. On devra même

1. « La transition de la première société dans la seconde est si bien ménagée que la délivrance de nouveaux titres après la création de celle-ci paraît chose superflue (*J. des Sociétés*, 10 janvier 1880) ».

lui appliquer pour les mêmes raisons l'article 3 de la loi de 1867 qui défend de donner aux actions la forme au porteur avant leur complète libération. La part de fondateur qui correspond à l'industrie, au crédit, aux efforts déployés pour la constitution de la société n'est complètement libérée que lorsque toute l'industrie, tout le crédit et tous les efforts qui devaient la gagner ont été mis en œuvre, c'est-à-dire quand la société se constitue, quand l'assemblée de vérification d'avantages particuliers a décidé que tout ce qui devait la mériter a été fait. La part de fondateur par conséquent ne doit revêtir la forme au porteur qu'après la constitution de la société.

Voilà ce qui doit se passer si l'on assimile la part de fondateur à une action ; pendant la période constitutive, sa négociation sera nulle ou bien valable mais affectée d'une pénalité suivant l'opinion que l'on admettra relativement aux actions elles-mêmes (1). Mais on n'assimile pas toujours la part de fondateur à une action.

Des auteurs en font une créance contre la société. On peut admettre que cette conception ait quelques conséquences dans une société en cours, et ces conséquences ne rentrent pas dans une étude de la période constitutive, mais ce qui paraît inadmissible,

c'est qu'on puisse dire que la part de fondateur est négociable pendant la période de formation parce qu'elle est une créance contre la société. Nous dirons que la société n'existe pas pendant la période constitutive : la part de fondateur serait donc une créance sans débiteur, ce qui semble difficile.

« Nous avons établi, dit pourtant M. Percerou, que, selon nous, la part bénéficiaire n'est pas une action, elle échappe donc à la réglementation étroite des lois de 1893 et 1867 et peut notamment être négociée avant le versement de la quotité légale comme avant la constitution de la société » (1).

Quelle que soit la solution que l'on admette relativement à la négociabilité des parts de fondateur, il est généralement reçu que, si elles ne semblent pas pouvoir être valablement négociées, elles sont cessibles *jure civili*.

Quels sont les effets de cette cession *jure civili* pendant la période constitutive ?

Si la société se constitue définitivement le cessionnaire devenu propriétaire de la part cédée rentre dans tous les avantages que cette part civile procure aux fondateurs.

Mais la difficulté surgit quand la société ne se

1. V. Percerou (*op. cit.*, p. 173 et s. et p. 187) ; Rousseau *Questions nouvelles sur les sociétés*, 159 ; Deloison, *Traité des sociétés*, II, n° 325. MM. Lyon-Caen et Renault croient au contraire que ces parts sont des actions.

constitue pas. Quel est alors l'effet de la cession consentie ?

Elle peut d'abord être une vente aléatoire, et alors l'acheteur a entendu subir les conséquences de la non-constitution de la société. Que la société avorte; le cédant n'est pas obligé de rendre l'argent, la perte est pour le cessionnaire.

Ou bien cette cession peut avoir été conditionnelle et faite sous la condition résolutoire de la non-constitution de la société. Si la société ne se forme pas, les choses sont remises dans leur état primitif. L'acheteur est dispensé d'accomplir son obligation envers le vendeur, s'il l'avait déjà exécutée, il a droit à répétition, il est censé n'avoir jamais eu la part de fondateur entre les mains. C'est ainsi que la jurisprudence envisage d'habitude les cessions de parts bénéficiaires (1).

On ne peut toutefois pousser cette manière de voir jusque dans ces conséquences extrêmes : « Il en résulterait, dit M. Percerou, que le cessionnaire étant censé n'avoir jamais fait partie de l'association aurait le droit de demander le remboursement de ses frais, solution inique ; il court des chances de gain, donc, par une juste réciprocité il doit sup-

1. Aix, 18 nov. 1887. D. P. 1887, I. 384 ; Trib. comm. Seine 10 janv. 1880. *J. des Sociétés*, 1880, p. 600.

porter des pertes, et on accepte en jurisprudence cette interprétation de fait » (1).

Du reste, s'il paraît résulter des circonstances ou des termes de la cession que les parties ont voulu faire une vente aléatoire, on décidera que la perte est pour l'acheteur, on interprétera les circonstances de fait.

Pour ceux qui admettent que les parts bénéficiaires sont négociables, les négociations seraient considérées comme aléatoires ou comme conditionnelles de la même façon que les cessions *jure civili*, mais il semble évident que ces négociations sont interdites par la loi.

B. — *Des obligations des fondateurs entre eux.* — Chaque fondateur est-il tenu, vis-à-vis des autres fondateurs de maintenir son concours à l'œuvre de constitution ?

Les conventions légalement formées, dit l'article 1134 du Code civil, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel et pour les causes que la loi autorise.

Donc les fondateurs sont tenus, dès l'instant de la convention initiale qui les lie, d'accomplir l'obli-

1. V. Percerou, *op. cit.* p. 188 ; Cass. Req. 1887. S. 89. L. 417.

gation de faire à laquelle ils se sont astreints dans leur contrat, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas retirer leur concours aux autres fondateurs leurs co-contractants. L'inexécution d'une telle obligation se résoudrait en dommages et intérêts, comme le dit le jugement du tribunal civil de Lyon que nous avons cité à propos de la convention entre fondateurs (V. page 26, note 1).

Mais il n'y a pas que leur « *mutuus dissensus* » qui puisse délier les fondateurs. L'article 1134 a dit également que les conventions peuvent être révoquées pour les causes que la loi autorise.

Or, si le contrat entre fondateurs est un contrat de société civile, comme cela a été dit, il devra pouvoir être rompu par les événements qui dissolvent les sociétés (Art. 1865 et 1869, C. c.). Si les faits prévus par ces articles semblent de nature à faire disparaître le contrat entre fondateurs, c'est une preuve de plus que ce contrat est un contrat de société civile.

L'article 1865, 5° s'exprime ainsi : La société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs des associés expriment de ne plus être en société.

Il peut sembler tout d'abord singulier que la volonté d'un seul fondateur puisse faire tomber leur contrat, mais les restrictions que la loi ajoute à la règle de l'article 1865, 5° par les articles 1869 et

1870 nous montrent que cette rupture du contrat n'a rien que de très naturel dans notre hypothèse.

D'abord cette cause de dissolution n'agira pas, si l'on considère que la société entre fondateurs a une durée limitée, que son terme est fixé à la constitution de la société par actions qui est son objet. L'article 1869 dit en effet : La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés à durée illimitée... etc.

Même en envisageant la société entre fondateurs comme illimitée, le résultat de l'application de l'article 1865, 5° ne serait pas anormal.

Les articles 1869 et 1870 nous disent que la dissolution de la société ne s'opère pas par la renonciation d'un associé, quand cette renonciation a lieu de mauvaise foi ou à contre-temps, de mauvaise foi quand l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit issu de la société, à contre-temps quand les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée.

Dans les rapports entre fondateurs, toutes les fois que l'un d'eux voudra se retirer, il ne le pourra pas, si les autres fondateurs ne le veulent pas et s'ils ont de justes raisons de ne pas le vouloir. Dans ce cas, il voudrait se retirer de mauvaise foi ou à contre temps.

Si nous étudions les autres causes de dissolution

de la société, nous voyons que les obligations entre fondateurs peuvent s'éteindre par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée si elles ont été contractées à terme, c'est le droit commun des contrats.

Il est évident également que le contrat entre fondateurs serait rompu par la consommation de la négociation, c'est-à-dire par la constitution de la société par actions définitive.

Restent la mort, la déconfiture, la faillite, l'interdiction de l'un des fondateurs, et la perte d'un apport en jouissance. Ces événements ont-ils le même effet sur le contrat entre fondateurs que sur le contrat de société ordinaire.

1° Supposons que l'apport du fondateur soit un apport en industrie, c'est-à-dire qu'il ait promis de se procurer les souscriptions et de remplir les formalités constitutives.

S'ils meurt, il est évident que pour constituer la société il faudra en choisir un autre qui remplira sa mission, ou confier ce qu'il avait à faire aux autres apporteurs en industrie, c'est une modification grave à l'engagement des fondateurs, leur confiance dans la réussite de l'entreprise reposait peut être sur le savoir-faire du fondateur qui vient de mourir. On devra tous les réunir pour leur faire approuver le choix de son remplaçant : s'ils acceptent, ce sera un

nouveau contrat de société entre fondateurs qui remplacera le premier; s'ils refusent, la société entre fondateurs sera dissoute, ou si quelques-uns veulent poursuivre, malgré le dissentiment des autres, ils feront une nouvelle convention excluant ceux qui ont renoncé.

Quand le fondateur chargé de recueillir les contrats de souscriptions d'actions sera mis en faillite ou en interdiction, sa capacité de contracter étant disparue, on devra le remplacer et faire la même convention que s'il était mort.

En cas de déconfiture, bien qu'il ne soit pas incapable de contracter légalement, il a perdu le crédit qui lui était nécessaire pour attirer les souscriptions du public et le raisonnement serait le même.

Tout autre cause qui ferait disparaître son industrie, c'est-à-dire qui le mettrait dans l'impossibilité de faire consacrer ses efforts à la constitution de la société entraînerait de conséquences analogues, les soins et le zèle qu'il doit déployer chaque jour dans l'intérêt de la société entre fondateurs sont un apport en jouissance, et la société finit par la perte des apports en jouissance (art. 1867-2°).

2° Si l'apport des fondateurs consiste en crédit, c'est-à-dire s'ils se sont engagés envers les autres fondateurs dans leur contrat initial de promettre conditionnellement un apport en nature par un se-

cond contrat nommé contrat d'apport, il sera bien plus difficile d'admettre que les faits indiqués par le 3^o et le 4^o de l'article 1865 qui mettent fin à la société civile puissent briser le contrat entre fondateurs.

Pour toutes les causes qui feront disparaître l'apport en crédit, c'est-à-dire, la perte du bien promis, la faillite et la déconfiture de l'apporteur qui mettent ses biens à la discrétion des créanciers, peuvent évidemment provoquer une renonciation très justifiée des autres fondateurs, ils comptaient sur la confiance produite dans le public par la promesse de l'apport, l'apport disparaît en tout ou en partie, la confiance disparaît aussi, et le fondateur qui croit que, dans de telles conditions, la constitution de la société devient impossible peut se retirer.

Quant à la mort et à l'interdiction du fondateur qui laissent subsister l'apport, on ne voit pas trop quelle raison empêcherait l'héritier de rentrer dans les droits de son auteur comme dans ses obligations relativement au contrat entre fondateurs. De même il semble difficile d'empêcher au tuteur de l'interdit de le représenter pour le maintien de son apport en crédit. Il est évident que *l'intuitus personæ* qui existe dans la société civile, peut être ici bien diminué et que si les fondateurs ont promis des parts bénéficiaires à celui qui vient de mourir ou d'être inter-

dit, c'est plutôt en considération de ses apports que de sa personne.

Telle est la seule cause de dissolution des sociétés civiles qu'il semble difficile d'accepter comme cause de dissolution du contrat entre fondateurs, et qui peut empêcher de considérer le contrat entre fondateurs comme un contrat de société civile.

§ 3. — *De la forme du contrat entre fondateurs.*

Il est évident que ce contrat sera soumis à toutes les règles de preuve des contrats ordinaires. Si c'est un contrat de société, l'article 1834 du Code civil, reproduisant l'article 1341 nous apprend qu'il devra être rédigé par écrit au-dessus de cent cinquante francs.

Ce contrat pourra évidemment précéder la rédaction des statuts, mais il pourra se confondre aussi avec elle, ce sera dans les statuts que les fondateurs en exposeront les stipulations réciproques. M. X... s'oblige à consacrer ses soins et ses efforts à la constitution de la société. En rémunération de ses soins et de ses efforts, il lui sera attribué tant de parts de fondateurs..., etc. Voilà des stipulations qui se trouvent dans tous les statuts de sociétés. En signant les statuts, les fondateurs signent la convention qui

les engage à prêter leur concours à la constitution de la société.

Il serait désirable que ces statuts fussent rédigés par acte authentique au lieu d'être revêtus de la forme ordinaire des actes sous seings privés. Il y aurait pour les parties contractantes la sécurité qui résulte de l'intervention de l'officier public. De plus la formalité du dépôt des statuts chez un notaire imposé par l'article 1 al. 4 de la loi de 1867 serait ainsi remplie immédiatement.

Nous avons toujours supposé que la convention entre fondateurs que nous étudions intervenait au début, c'est pour cela que nous l'avons souvent appelé convention initiale de la période constitutive. Commencer ainsi est la méthode généralement employée et la plus normale, parce que les fondateurs établissent immédiatement leurs droits et leurs obligations et présentent au public quelque chose qui est plus qu'un projet, quelque chose de réel.

Mais, même quand il y a plusieurs fondateurs, ils peuvent attendre pour décider entre eux de constituer une société et rédiger les statuts que les souscriptions se produisent en quantité suffisante et leur montrent qu'ils peuvent s'engager entre eux avec des chances de succès comme dans le cas où il n'y a qu'un fondateur l'acte initial de la période constitu-

tive est alors le premier contrat de souscription d'actions. Tel est le système français (1).

§ 4. — *De la définition du mot fondateur.*

Tout ce qui vient d'être dit a pu donner une certaine idée de ce qu'étaient les fondateurs, Mais nous verrons que l'article 42 de la loi de 1867 et 5 de la loi de 1893 imposent une certaine responsabilité aux fondateurs pour les vices de constitution de la société et de la nullité qui peut en résulter. Pour l'application de ces responsabilités, il faut donner une définition exacte du mot fondateur.

On a reproché au projet de loi sur les sociétés (2) qui a été discuté au Sénat en 1884 de n'avoir pas dit qui était et qui n'était pas fondateur, il faudrait en effet que la loi nous fixât exactement pour éviter toute difficulté.

L'article 129 du Code italien dit que les fondateurs (*promotori*) sont ceux qui signent le programme. D'après l'article 200 du Code allemand, sont fonda-

1. Pour les systèmes étrangers voir les notes des pages 50 et suiv.

2. V. Jacquaud. (Examen critique du projet de loi sur les sociétés par actions, p. 52 et suiv.) ; Thaller, *De la réforme de la loi sur les sociétés par actions*, p. 29 ; J. Percerou (*op. cit.* p. 19 et suiv.).

teurs, ceux qui ont dressé les statuts ainsi que ceux qui ont constitué des apports autres qu'en argent (1).

De ce qui a déjà été dit ici, il résulte que les fondateurs sembleraient devoir être tous ceux qui sont intervenus dans le contrat initial de la période constitutive, contrat par lequel un certain nombre de personnes s'engagent à faire agir leur crédit, leur influence, leur habileté pour former une société et par lequel ils ont stipulé des avantages particuliers autres que des actions d'apport ou de numéraire. On dira avec autant de vérité : les fondateurs sont ceux qui ont signé les statuts.

Il paraît se manifester une certaine tendance à donner à un plus grand nombre de personnes la qualité de fondateurs (2). Il a été surtout question d'en affecter le banquier chargé des souscriptions. A cette question : le banquier est-il fondateur ? la Cour de cassation a répondu en disant : « C'est un point qui doit être souverainement tranché par les juges de fait » (3). Peut-être serait-il préférable que ce fût la loi elle-même qui indiquât de quoi dépendait le titre de fondateur. Les circonstances de fait qui

1. 209, Code allemand de 1884. (*Bull. lég. comp.* 1884) p. 426).

2. Art. 1^{er}, loi du Transvaal, *Journal des Sociétés de 1896*.

3. Cass. 9 avril 1888, *Journal des Sociétés*, p. 5.

font mériter ce titre ne semblent pas devoir être laissées à l'appréciation des tribunaux, les juges risquant d'être entraînés dans l'arbitraire quand ils ont à voir si quelqu'un a fourni à la société un concours suffisant pour en devenir fondateur (1).

Il était utile avant d'étudier les fonctions et la responsabilité des fondateurs pendant la période constitutive dont ils sont les principaux personnages, de savoir qui était fondateur. La définition qui semble avoir le plus d'autorité est celle qui dit : les fondateurs sont ceux qui ont signé les statuts. Elle revient absolument à ce que nous avons dit. Les fondateurs sont ceux qui ont été parties au contrat initial de la période constitutive. Les statuts, en effet, sont la reproduction de ce contrat.

1. Thaller, *De la réforme de la loi sur les sociétés par actions*, p. 29.

CHAPITRE II

DES CONTRATS D'APPORT

ET

DES FONDATEURS APORTEURS EN NATURE.

Section I^{re}. — Du contrat d'apport.

§ 1. — Définition du contrat d'apport.

La mission que leur convention initiale impose aux fondateurs est de réunir le capital social ; capital en nature et capital en numéraire. Il y a deux sortes d'actionnaires, ceux qui fournissent le capital en nature et ceux qui fournissent le capital en numéraire (1).

Le contrat d'apport intervient entre les fondateurs et les apporteurs en nature. Au moment où les fondateurs décident de constituer la société, les apporteurs en nature sont déjà réunis, ils inter-

1. Voir Thaller, *Traité de droit commercial*, n° 401.

viennent dans la première convention entre fondateurs, ils s'y engagent à promettre dans un second contrat des apports plus ou moins considérables à la société future, ce qui inspire de la confiance aux autres fondateurs et au public, facilite la constitution de la société et leur mérite la qualité de fondateurs (1). Comme les autres fondateurs, en retour de leurs services, ils stipulent à leur profit une rémunération représentée par des parts de fondateurs.

Mais ce n'est pas cette première convention que nous appelons contrat d'apport. Le contrat d'apport est un second contrat dans lequel ils s'engagent aussitôt après. Par ce contrat, ils s'obligent à apporter à la société, si elle se forme, tel ou tel de leurs biens : soit un de leurs immeubles ou de leurs meubles, soit leur industrie, soit leur crédit.

En échange les autres fondateurs s'obligent à leur remettre un certain nombre d'actions, équivalent de leur apport.

Ce contrat d'apports ressemble beaucoup au contrat de souscription d'actions. Comme lui il est synallagmatique. Comme lui il est conditionnel et subordonné à la constitution régulière de la société. Il est également irrévocable, les fondateurs pourront empêcher les apporteurs de retirer leurs apports.

1. Voir 2^e partie, chapitre premier, § 1.

Du reste le contrat d'apports est complètement indépendant du contrat entre fondateurs et souscripteurs. Pour les souscripteurs il est *res inter alios acta*. C'est un lien juridique, mais entre fondateurs et apporteurs seulement.

Ce contrat n'obéit à aucune règle de forme spéciale, il se confond généralement dans les statuts et est signé en même temps qu'eux. En fait donc il ne se distingue pas du premier contrat entre fondateurs et c'est pour cela que la doctrine ne l'en sépare pas.

A la différence du contrat de souscription d'actions également, il a pour objet non pas du numéraire, mais des biens quelconques.

Les apports en nature sont de plusieurs espèces : il y a d'abord les apports en nature proprement dits. Ce sont soit des immeubles (usines, ateliers, magasins), soit des meubles corporels (outils, machines, chevaux et voitures) ou incorporels (brevets d'invention, concessions). A côté des apports en nature proprement dits, on placera les apports en industrie, en crédit (1). Le capital autre que le capital en numéraire peut donc revêtir des formes très va-

1. Le crédit politique ne peut constituer un apport dans une société par actions. L'apport en crédit politique serait, suivant l'expression de Pothier, contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs qui ne permettent pas aux personnes puissantes d'accorder leur influence pour de l'argent,

riées. Le tribunal de Charleroi a, par exemple, jugé qu'une ouverture de crédit devait être considérée comme un bien pouvant faire l'objet d'un apport en nature à une société (1).

§ 2. — *Premier effet du contrat d'apport : création des actions d'apport.*

La clause des statuts qui constate l'apport en nature est généralement ainsi conçu : M. X... apporte à la présente société telle concession, tel immeuble. En représentation de ces apports il lui est attribué tant d'actions de la présente société entièrement libérées.

Ces actions sont appelées actions d'apport. Non seulement elles ne sont pas négociables, pendant la période de formation, mais l'article 2 de la loi du 1^{er} août 1893 dit : Les actions d'apports ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société.

Ces actions sont frappées d'un timbre qui indique leur non-négociabilité et qui porte la date de la constitution de la société.

Pendant la période constitutive il y a pour empêcher les négociations des actions d'apport toutes les

1. *Journal des Sociétés*, 1880, p. 614.

raisons qui s'opposent à la négociabilité des actions en numéraire (1). Il y a même un motif de plus à la prohibition actuelle. Les apporteurs en nature sont généralement ceux qui ont eu l'idée de la société, ils ont entraîné le public à souscrire : ils peuvent avoir l'idée de se mettre immédiatement à l'abri de tout risque dans l'entreprise en se débarrassant des actions qui doivent représenter les biens apportés par eux. Si la loi le leur permettait, ils convertiraient leurs actions en argent, en les vendant à des tiers, et on arriverait à ce singulier résultat : tous les risques seraient pour ceux que les apporteurs auraient attiré dans la société, et les apporteurs seuls, qui ont été les promoteurs de l'entreprise échapperaient immédiatement à tout danger.

Voilà pourquoi la loi, pendant la période constitutive et même pendant deux ans après, s'oppose à ce que l'on transmette les actions d'apport autrement que par une cession *jure civili*.

Sur les actions ordinaires de cent francs et plus, le versement du quart de leur montant suffit pour que la société puisse se constituer. On a eu l'idée d'appliquer aux actions d'apport un procédé analogue.

On avait introduit dans la pratique des actions appelées actions mixtes, on considérerait l'apport

1. Voir 2^e partie, chap. III.

fourni à la société comme le quart de ce que l'apporteur devait lui fournir, les trois autres quarts étant représentés par du numéraire. De même que le souscripteur au moment de la constitution de la société pouvait rester débiteur d'une somme d'argent égale à trois fois ce qu'il avait déjà versé, de même l'apporteur, s'il n'y avait eu aucun appel de fonds, se trouvait à devoir une somme représentant trois fois la valeur de son apport.

L'art. 3 al. 2 de la loi de 1867 modifié par l'article 2 de la loi de 1893 proscrit cet usage : « Les actions représentant des apports devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société ».

Du reste tandis que le versement du quart de l'action en numéraire doit être exigé avant la constitution de la société, aucune partie de l'apport en nature ne doit être mise à la disposition de la société avant qu'elle se constitue, si elle se constitue.

Donc quand les statuts disent : M. X... apporte à la société tel meuble ou tel immeuble, ils s'expriment d'une façon un peu inexacte, ils devraient dire : M. X... apportera son immeuble à la société quand elle se formera définitivement, si elle se forme. M. X... restera propriétaire de son immeuble jusqu'à la dernière assemblée constitutive.

§ 3. — *Second effet du contrat d'apport : les apporteurs n'ont pas le droit de refuser la réalisation de leurs apports.*

A. — *Irrévocabilité de la promesse d'apport.* — Mais dès que la société est constituée, pas plus que les actionnaires en numéraire les apporteurs ne peuvent refuser de réaliser leurs apports. Ils se sont engagés envers les fondateurs à remettre leur apport à la société si elle se constituait, tandis que les fondateurs s'obligeaient à leur délivrer en échange un certain nombre d'actions. Le contrat d'apport est irrévocable et ne peut tomber que si la société ne se forme pas. C'est une convention sous condition suspensive qui, dès le moment où elle a été conclue a créé un lien de droit entre les contractants. Pour toute autre raison que la non-constitution de la société, ils ne peuvent se croire déliés et les apporteurs ne peuvent pas retirer leurs apports.

Le lien de droit établi n'a évidemment d'effet qu'entre les parties. Dans le contrat d'apports les souscripteurs n'interviennent pas, et à ce point de vue, pour eux il est « *res inter alios acta* ».

Les apporteurs n'étant pas obligés envers les souscripteurs, il en résulte que, tandis qu'ils ne pourraient pas retirer leurs apports contre le gré

des autres fondateurs, ils peuvent les retirer contre le gré des souscripteurs, tant qu'il ne se sera pas fermé un lien de droit qui les enchaînera à ces souscripteurs.

Au moment où ce lien de droit se formera il faudra exiger des apporteurs la même capacité que celle qu'ils ont dû avoir au moment du contrat d'apports.

Supposons que l'apporteur soit décédé. Comme l'apporteur lui-même son héritier, continuateur de sa personne, tenu de son obligation envers les fondateurs, sera libre à l'égard des souscripteurs. Vis-à-vis d'eux il pourra opter comme son auteur entre la réalisation ou le retrait de son apport : s'il ne retire pas son apport, s'il ne dit rien, à un certain moment il se produira entre lui et les souscripteurs un lien de droit qui lui enlèvera la faculté d'opter comme cela serait arrivé à son auteur.

B. — *Nature de l'obligation de l'apporteur.* — Mais quelle est la nature du lien de droit unissant l'apporteur qui a promis de fournir une chose à la société avec les fondateurs et plus tard avec les souscripteurs.

C'est une obligation de faire qui, si elle est in-exécutée, se résoudra en dommages et intérêts, il ne faudrait pas se figurer que par suite du seul con-

trat d'apports la propriété de la chose promise est transférée à la société quand elle se constitue.

On pourrait dire : le contrat d'apports est un contrat de même nature que la promesse synallagmatique de vente. Dans la promesse synallagmatique de vente quand le vendeur promet à l'acheteur de lui vendre et que l'acheteur promet d'acheter, si tel événement arrive, la propriété de la chose sera censée avoir été immédiatement transférée dès le jour de la convention (1138 et 1583 C. c.) (1).

Si le contrat d'apports était analogue à une promesse de vente, il est évident qu'il transférerait la propriété, mais une telle assimilation est impossible.

Dans la promesse de vente, on promet à une personne déterminée de lui vendre telle ou telle chose. Mais si l'on promet à une personne de vendre tel ou tel bien meuble ou immeuble à une autre personne il n'y a plus là une promesse de vente rentrant dans les termes de l'article 1589 du Code civil. C'est une stipulation pour autrui valable parce qu'elle est faite

1. Baudry-Lacantinerie (art. 1583 C. c.); « En vertu du principe de rétroactivité édicté par l'article 1179, la vente résultant d'une promesse conditionnelle doit, la condition une fois accomplie être considérée comme parfaite à dater du jour même de la promesse et c'est par suite à compter de cette époque que la propriété aura été transférée à l'acheteur. »

dans l'intérêt de celui qui stipule. Vis-à-vis de ce stipulant elle se résoudra en dommages et intérêts mesurés à la perte qu'il subira si le contrat est inexécuté. Envers la personne qui doit être acheteur il n'existe aucune obligation la seule obligation est une obligation de faire vis-à-vis du stipulant (1).

Voilà la véritable situation qui se présente pour le contrat d'apports. Le fondateur stipule de l'apporteur qu'il transférera la propriété de la chose à la société, personne tierce qui n'existe pas encore. La translation de propriété est reculée au jour de sa naissance et si le promettant ne l'exécute pas il devra des dommages et intérêts.

C. — *Effets de la mort de l'apporteur et de l'incapacité de ses héritiers sur l'exécution du contrat d'apport.* — Il en résulte que, si l'apporteur vient à décéder, si son héritier est incapable, la situation sera très embarrassante. Ce que l'on veut faire en réalisant l'apport c'est aliéner un bien appartenant à un incapable. Il

1. Tr. Co. Seine, 12 novembre 1892, *J. Sociétés* 1893, p. 108 « Une société anonyme n'existe qu'après l'approbation des avantages et l'acceptation faite par les administrateurs de leurs fonctions. Dès lors, est nulle, faute de capacité de l'acheteur, une vente faite à une société en formation avec la seule stipulation que la constitution définitive de la société rendra le contrat parfait. » Si le contrat d'apport était une promesse de vente, il serait nul et rendrait la société nulle, il faut donc le considérer comme un contrat autre qu'une vente.

faudra donc remplir les formalités des articles 457 et suivants du Code civil. Y aurait-il lieu d'appliquer l'article 459 qui dit que la vente des biens des mineurs doit se faire aux enchères publiques ? La réalisation de l'apport en nature deviendrait alors impossible. L'aliénation produite par la réalisation de l'apport en nature n'est pas une vente et on se contentera pour l'accomplir d'une autorisation spéciale du conseil de famille homologuée par le tribunal (art. 457 et 458 C. c.) (1).

Néanmoins, si le tuteur, sur l'avis du conseil de famille, ne se décide pas à transférer la propriété de l'apport à la société, l'incapable devra aux fondateurs tout au moins des dommages et intérêts pour l'inexécution de l'obligation de faire que son auteur avait contractée envers eux.

Le même raisonnement pourrait se faire pour les apporteurs de sommes d'argent, c'est-à-dire pour les souscripteurs, mais il serait bien inutile, les dommages et intérêts dus dans ce cas aux fondateurs étant précisément la somme qui avait été promise à la société, on voit donc plus simplement dans la remise des fonds du souscripteur à la société l'exécution, le paiement d'une dette.

Si, comme la société limited anglaise, la société par actions avait la personnalité juridique, dès l'ou-

1. Houpin (*op. cit.* *Journal des Sociétés*, 1895, p. 490.

verture de sa période constitutive, les fondateurs auraient parlé non plus en leur nom, mais au nom de la société, et ce serait bien là comme une vraie promesse de vente faite à la société elle-même. Si la condition de la constitution de la société s'accomplissait, la propriété aurait été transférée du jour de la promesse d'apports. Ce serait peut-être un des avantages que pourrait présenter la personnalité civile, accordée aux sociétés en formation.

En outre, si la société existait dès le début de sa phase de préparation, l'apporteur se trouverait obligé envers tous les membres de la société, envers tout souscripteur, dès qu'il entrerait dans la société par son contrat de souscription.

Au lieu que, dans l'état actuel du droit français, il ne se trouve obligé qu'avec les fondateurs. A quel moment se trouve-t-il lié avec les souscripteurs et obligé vis-à-vis d'eux à maintenir son apport sous peine de dommages et intérêts ?

Dès le moment où le capital social est entièrement souscrit ; à partir de ce moment, les fondateurs, nous le verrons (1), sont tenus envers les actionnaires de constituer la société et ne peuvent faire aucun acte qui empêche sa formation définitive. Or, pour que les apporteurs pussent retirer leurs apports, il leur faudrait l'autorisation de ceux auxquels

1. V. 2^e partie, chapitre III, § 3 B.

ils ont promis de les fournir, des fondateurs : en donnant cette autorisation après la souscription intégrale du capital, les fondateurs empêchent la constitution de la société, faute d'un capital suffisant, puisqu'il y a un apport en moins. Ils ne sont donc plus libres de donner cette autorisation, sans en avoir reçu le pouvoir des souscripteurs. Indirectement donc, par l'intermédiaire des fondateurs, les souscripteurs peuvent, dès la souscription du capital, empêcher les apporteurs de retirer leurs apports.

§ 4. — *Des effets du contrat d'apport dans le cas de perte des apports en nature.*

Le premier effet de la perte des apports en nature, pendant la période constitutive, quelle que soit la cause de cette perte, ce sera d'empêcher la constitution de la société. L'assemblée générale des actionnaires refusera d'approuver des apports qui ont été détruits.

Mais le second résultat de la perte des apports sera un préjudice subi par les fondateurs qui comptaient sur ces apports pour former une société qui devait leur procurer des bénéfices.

D'après l'article 1148 du Code civil, l'apporteur

ne devra aucuns dommages et intérêts, lorsque ce sera un cas fortuit ou de force majeure qui l'aura empêché de tenir l'engagement en détruisant l'apport.

Si, au contraire, le débiteur, l'apporteur ne peut pas justifier que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut pas lui être imputée, il devra des dommages et intérêts, encore qu'il n'y aurait aucune mauvaise foi de sa part (Art. 1147, C. c.).

Il ne pourra pas objecter qu'il est délié de son contrat d'apports, parce que la condition à laquelle ce contrat était subordonné, la constitution de la société a fait défaut, si c'est l'absence de son apport qui a empêché la société de se former.

En effet l'article 1178 du Code civil dit que la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement.

Donc l'obligation de faire que l'apporteur a contractée envers les autres fondateurs en promettant son apport n'a pas disparu. Il leur devra donc des dommages et intérêts calculés par rapport au préjudice que leur a causé l'inexécution de son engagement.

Par exemple, quand la faillite éclate chez l'apporteur, le bien promis aux fondateurs pour la société future sert de gage commun aux créanciers, sert de

garantie à la masse et sa valeur est distribuée : il y a ici une perte de l'apport due à la faute du débiteur. Les fondateurs seront donc autorisés à demander des dommages et intérêts.

En vertu de cette créance de dommages et intérêts on leur permettrait de produire à la faillite en même temps et aux mêmes conditions que les autres créanciers qui font partie de la masse.

Section II. — Des assemblées générales de vérification d'apports ou assemblées constitutives.

Il ne suffit pas que les apports promis, soient fournis à la société quand elle se constitue, il faut que les apporteurs en s'engageant à les transmettre les aient estimés à leur juste valeur. S'ils pouvaient présenter comme valant dix mille ou huit mille francs une chose qui n'en vaut que cinq mille, et si au lieu de s'attribuer cinquante actions d'apport de cent francs dans la société ils s'en conféraient quatre-vingts ou cent pour se payer de l'apport de cette chose, ils arriveraient à absorber le plus clair des bénéfices de la société. Les souscripteurs qui, contre leur souscription de cent francs auraient reçu une action de cent francs toucheraient des dividendes en

disproportion complète avec ceux des apporteurs.

De plus le capital en nature de la société serait de beaucoup inférieur au chiffre donné par les statuts, et les actionnaires seraient trompés sur les moyens d'action et les chances de réussite de la société.

Cette estimation excessive des apports serait fréquente si elle était faite sans contrôle uniquement par les apporteurs et les fondateurs. C'est pour éviter toute exagération que la loi de 1867 a ordonné que les apports seraient approuvés ou désapprouvés dans des réunions d'actionnaires appelées quelquefois assemblées de vérification et d'approbation d'apports.

La série de ces assemblées générales est la dernière étape de la période de formation, ce sont elles qui aboutissent à la création de la société. C'est dans ces assemblées générales que les actionnaires mettent la dernière main aux contrats directeurs de la période constitutive (contrats d'apport et de souscription d'actions, et convention initiale entre fondateurs) pour les transformer par leur vote en un contrat définitif de société.

Les fondateurs jusque-là à la tête de l'organisation s'effacent, nous verrons que leur rôle est en réalité terminé dès que le capital social est re-

cueilli (1) et qu'ils ne pourraient pas se refuser à convoquer les assemblées générales après la complète réunion du numéraire demandé par eux aux souscripteurs. A l'étranger même, très souvent ce n'est pas à eux qu'appartient ce droit de convocation. En Allemagne cette mission est confiée au tribunal de commerce (2); en Belgique, une mention insérée sur les bulletins de souscription indique aux actionnaires l'époque de l'assemblée générale constitutive (3).

L'assemblée générale étant réunie, il faut caractériser et analyser ses fonctions. Que doivent être les assemblées constitutives ? Que sont elles ? Comment a-t-on essayé de porter remède à leurs imperfections ? Quel est le meilleur moyen de les corriger ?

§ 1^{er}. — *Quel devrait être le rôle des assemblées de vérification d'apports ?*

Nous avons dit que les assemblées d'actionnaires

1. Deuxième partie, chapitre III, 3^e section, § 3. B.

2. Pour les sociétés anonymes seulement. Art. 210^a de la loi de 1884 (*Ann. de lég. étr.* 1884, p. 114). L'assemblée a lieu sous la direction du tribunal de commerce.

3. Art. 31, loi du 18 mai 1873 : « Les souscriptions contiennent convocation des souscripteurs à une assemblée qui sera tenue dans les trois mois pour la constitution définitive de la société. » *Ann. lég. étr.* 1873, p. 343.

pendant la période constitutive avaient pour but de vérifier les apports. Doit-on restreindre leur rôle à cette vérification et à la nomination des premiers fonctionnaires sociaux. Le contrôle des souscripteurs doit-il uniquement porter sur l'estimation des apports en nature ?

Sur bien d'autres points, les fondateurs ne doivent pas être les seuls juges de la direction des intérêts et de l'organisation de la société future : presque toujours, en effet, ils sont naturellement enclins à faire abstraction des droits des actionnaires pour ne considérer que leur propre avantage ; c'est ainsi que dans les statuts, par exemple, ils peuvent poser des règles restreignant d'une façon trop sévère l'intervention des actionnaires dans la surveillance de la société, ils peuvent fixer à un chiffre trop élevé le nombre des actions nécessaires pour pouvoir voter dans les assemblées générales de la société en cours. Les souscripteurs devraient pouvoir en même temps qu'approuver les apports rectifier les clauses des statuts contraires à leurs intérêts.

L'organisation des assemblées vérificatrices d'apports se prête très bien à ce contrôle et à ces rectifications. Elles sont en effet des réunions de tous les actionnaires. Tous doivent y être convoqués, tous doivent être mis en mesure d'y réclamer contre les injustices, s'il y en a, aucune disposition des

statuts ne pourrait pas les empêcher d'y assister, sous prétexte qu'un nombre minimum d'actions est nécessaire pour en faire partie (1).

Il est possible que cette stipulation se rencontre pour les assemblées générales de la société en cours, elle sera valable parce que le contrat de souscription d'actions est devenu le contrat définitif de société et qu'en se constituant, la société a organisé son gouvernement à sa guise.

Mais avant la constitution de la société, il n'y a en face de nous que le contrat de souscription d'actions qu'on peut décomposer ainsi : les souscripteurs s'engagent à verser la somme de tant si la société se constitue, c'est-à-dire : 1° Si les fondateurs réunissent tous les éléments nécessaires à la société ; 2° Si les souscripteurs constatent que tous ces éléments sont réunis. De ces deux conditions la première dépend des fondateurs ; la seconde dépend exclusivement des souscripteurs, les fondateurs qui ne peuvent apprécier eux-mêmes leurs apports et leurs actes n'ont pas à intervenir dans l'accomplissement de cette seconde condition. Or ils prendraient part indirectement à la vérification réservée aux souscripteurs, si par des statuts fabriqués par eux seuls, ils en excluèrent à l'avance certains actionnaires sous prétexte que le nombre de leurs actions,

1. Loi de 1867. Art. 27 al. 2.

ou plutôt de leurs demandes d'actions, est insuffisant.

Tous les souscripteurs qui le désirent peuvent donc assister à ces assemblées générales de formation. Là ils se renseigneront les uns les autres et se trouveront placés dans de très bonnes conditions pour voir si la valeur des apports en nature n'a pas été exagérée et si les avantages particuliers demandés par les fondateurs ne sont pas excessifs. Ils pourraient aussi décider si telle ou telle disposition des statuts ne doit pas être modifiée, s'il n'y aurait pas avantage à accepter les souscriptions qui se trouvaient en excédent pour augmenter ainsi le capital social, si la valeur des apports pourrait être réduite et si la réduction du capital social est nécessaire. Enfin quand les fondateurs auraient accompli certains actes dans l'intérêt de la société, ils verraient s'il n'y aurait pas lieu de mettre ces actes au compte de la société.

Il serait souhaitable que le rôle de vérification et de contrôle des assemblées constitutives portât sur tous ces points. Il y aurait ainsi une régularisation complète de tout ce qui s'est passé pendant la période constitutive, on n'aurait plus à revenir en arrière, et la situation, l'organisation de la société serait nettement déterminée au moment de sa constitution.

Ce rôle, les assemblées constitutives pourraient le remplir facilement puisqu'en France, comme à l'étranger, elles sont les derniers actes de la période constitutive, sa clôture. En les plaçant ainsi immédiatement avant la naissance de la société, les diverses lois semblent avoir voulu leur demander cette régularisation complète, mais si telle a été l'intention du législateur, il n'a atteint son but qu'imparfaitement.

§ 2. — *Rôle donné par la loi française aux assemblées constitutives.*

L'article 4 de la loi de 1867 dit : Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une assemblée générale après une nouvelle convocation.

Immédiatement après la constitution de la société, d'après l'article 5 déjà vu et avant toute opération sociale, l'assemblée générale nomme un conseil de surveillance.

Les articles 24, 25 et 30 appliquent ces règles ou

du moins en imposent d'analogues aux sociétés anonymes.

La loi évite que le contrôle des actionnaires soit superficiel ou illusoire en prescrivant deux réunions de l'assemblée générale, qui sont tenues à plusieurs jours d'intervalle, et dont la seconde se renseigne à l'aide d'un rapport mis cinq jours avant à la disposition des actionnaires.

L'article 4 et l'article 25 disent que les assemblées constitutives approuvent à certaines conditions de majorité les apports en nature et les avantages particuliers. A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties.

Il y a un troisième point sur lequel l'assemblée générale fait loi : les articles 5 et 25 disent qu'elle nomme les premiers fonctionnaires sociaux.

La loi, dans son texte, n'accorde aucune autre fonction aux assemblées constitutives.

Et cependant quand les actionnaires trouvent qu'il y a dans les statuts des points à modifier, il serait tout simple qu'ils effectuassent cette modification dans les assemblées constitutives.

En supposant, en second lieu que les actionnaires aient refusé d'approuver l'estimation des apports, ne pourrait-on pas leur permettre de constituer quand même la société après avoir, en assemblée constitutive, réduit l'estimation des apports, diminuant ainsi le capital social ?

Enfin l'assemblée générale ne sortirait pas de son rôle en examinant et en régularisant les actes que les fondateurs ont faits dans le but d'être utiles à la société et en son nom.

Malgré le silence de la loi sur ces dernières questions, peut-on affirmer que les assemblées constitutives ont le droit de les résoudre ?

Théoriquement il y a une raison qui s'y oppose : Les délibérations, dit l'article 4, alinéa 4, sont prises par la majorité des actionnaires présents, cette majorité doit comprendre le quârt des actionnaires et représenter le quart du capital social.

Il est bon de faire remarquer que, par rapport à la totalité des actionnaires cette majorité n'est en réalité qu'une minorité.

Dans les déclarations prises à cette majorité un certain nombre d'actionnaires se trouvent obligés par les autres. Cent des actionnaires présents déclarent que les apporteurs ont droit à une très forte rétribution, cinquante ne veulent leur concéder qu'une somme peu importante. Il y a oppression de la minorité par la majorité ; cinquante actionnaires se trouvent engagés par les cent autres dans une route qu'ils ne voulaient pas suivre.

La loi déroge ici à l'article 1165. Les conventions, dit cet article, n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent pas aux tiers et ne leur

profitent que dans les cas prévus par l'article 1121.

Pour qu'on puisse comme ici laisser de côté la règle si formelle de l'article 1165 il faut que la loi l'ait dit expressément. Même dans un but d'utilité, les exceptions ne doivent pas être étendues en dehors des cas prévus par les textes législatifs.

Donc la majorité des actionnaires présents à l'assemblée générale ne peut obliger les autres associés qu'à l'approbation des apports ou des avantages particuliers, et à l'acceptation des fonctionnaires qu'elle a désignés. Sur les autres points, cette majorité ne peut imposer sa volonté puisque la loi ne les prévoit pas (1).

Tout actionnaire doit consentir aux modifications proposées à son contrat de souscription ; réduction du capital social ou changement des statuts qui en sont les conditions. Son refus est un obstacle à la parfaite constitution du contrat. En dehors des circonstances spéciales indiquées par la loi, quand une des clauses d'un contrat soulève une opposition de la part d'un des co-contractants le contrat ne peut pas se réaliser tant que cette protestation n'a pas disparu.

Si l'on observe strictement la loi, le résultat produit dans une assemblée générale par l'opposition d'un ou de plusieurs actionnaires pourrait être com-

1. Loi de 1687, art. 4 et 27.

paré à celui que produit l'opposition d'un ou de plusieurs créanciers d'une faillite (1) dans ce que les auteurs appellent l'assemblée de vérification des créances. Tous les créanciers vérifiés et portés au bilan peuvent assister à ces réunions et l'objection d'un seul doit être prise en considération (2).

Voilà la situation légale dans les assemblées constitutives quand il n'y a pas unanimité des actionnaires. Y eut-il unanimité des actionnaires présents, le vote de ces actionnaires, présents sur un point non prévu par la loi, obligerait-il les absents? Les absents, il est vrai, par leur absence même, semblent s'être soumis tacitement à la décision de l'assemblée générale, mais il est toujours difficile de présumer l'intention de quelqu'un en dehors d'une disposition de loi.

Dans les hypothèses où la majorité peut obliger la minorité, c'est-à-dire dans les trois cas limitativement énumérés par la loi on peut comparer les assemblées constitutives aux assemblées de concordat et d'union dans la faillite (3), à la majorité les créanciers de la faillite peuvent accepter le concordat et en régler les conditions ou le rejeter et pro-

1. Thaller. *Tr. de dr. commercial*, nos 1643 et 1673.

2. Art. 492, 493, 494, C. com.

3. Thaller. (*Tr. de dr. commercial*, nos 1645. Art. 507, 529, 530, 537, co.).

duire l'état d'union, enfin déterminer les secours à donner au failli et à sa famille et déclarer le failli excusable. Comme dans la société en constitution les attributions des créanciers dans ces assemblées sont limitativement indiquées par la loi.

Mais dans ces réunions de créanciers, il y a un motif à cette limitation, le même qui a donné une si grande place à la surveillance de l'autorité judiciaire sur les opérations de la faillite : la faillite est un état subit par les créanciers, qui résulte soit de la volonté d'un seul d'entre eux, soit de celle du débiteur lui-même, soit de l'autorité judiciaire. C'est une situation où ils peuvent se trouver contre leur gré, il ne doit y avoir aucune place à l'arbitraire et toutes les fois qu'il n'y a pas nécessité absolue, la majorité ne doit pas contraindre la minorité, elle n'impose sa volonté que dans les cas indispensables indiqués par le code.

Dans la société, au contraire, c'est volontairement que les actionnaires se sont engagés par leurs contrats de souscriptions. Il est bien plus facile que dans la faillite de supposer que les actionnaires sont décidés à subir la volonté de leurs coassociés et la loi aurait peut-être pu étendre d'une façon plus générale les attributs de la majorité dans l'assemblée constitutive.

Telle qu'elle est, elle ne fait de l'assemblée consti-

tutive qu'un moyen de régularisation incomplet aussi est-on porté très facilement sur ce point à sortir de la stricte application des textes législatifs.

§ 3. — *Inconvénients des moyens employés pour combler les lacunes de la loi.*

Le procédé le plus simple et le meilleur pour donner à la majorité des actionnaires de faire toutes les modifications nécessaires et d'effectuer une régularisation complète avant de constituer la société serait de prévoir et de permettre cette régularisation dans les statuts. Ils diraient que l'assemblée constitutive aurait toute latitude pour statuer sur certains points qui d'après la loi ne rentrent pas dans ses attributions, pour modifier les statuts ou admettre la réduction du capital social. Les fondateurs auraient le droit de le faire et l'article 11 al. 4, du projet de loi de 1884, leur reconnaissait ce droit en disant que la réduction ne peut être votée moyennant accord entre l'assemblée des apports et les bénéficiaires que si l'acte social a reconnu la possibilité de cette réduction.

Il n'y a qu'une clause que la loi défend formellement (Art. 27, 2^e al.), c'est celle qui exclut des assemblées générales les actionnaires qui n'ont pas un nombre donné d'actions. Ce serait leur enlever le

droit de contrôle qui, en raison et en droit doit leur appartenir.

L'inconvénient de ce premier remède à l'insuffisance de la loi est que si les statuts oublient d'étendre ainsi le rôle de régularisation de l'assemblée générale, on doit se tenir aux trois hypothèses prévues par la loi.

Si les statuts ont commis cet oubli, il y a un moyen d'arriver à réduire ou à augmenter le capital social et de modifier les statuts tout en se conformant, aux prescriptions du législateur.

Supposons que le respect de la loi ait empêché la majorité de l'assemblée générale constitutive de changer un point des statuts ou de réduire le capital social : ils ont laissé les statuts comme ils étaient, d'accord avec les fondateurs ils ont approuvé l'estimation de leurs apports et la société s'est trouvée ainsi constituée. Mais il a été bien convenu entre la majorité des actionnaires présents et les fondateurs que postérieurement à la constitution de la société, il sera convoqué une assemblée générale, qui, remplissant les conditions de l'article 34 de la loi de 1867, pourra réduire le capital social et modifier les statuts.

Mais cette régularisation perd à être faite dans des assemblées postérieures d'un temps plus ou moins long à la constitution, parce que, pendant ce temps-

là, l'état de la société est vague, mal déterminé. Il semble que la période constitutive n'est pas complètement achevée et qu'elle se prolonge après la formation de la société. Il faudrait éviter cette situation peu précise, au moment où le contrat de société prend naissance et où il est nécessaire que chacun sache définitivement ce à quoi il s'engage.

Au point de vue de la sécurité des actionnaires, que l'on régularise avant ou après, la régularisation a toujours le même effet : aussi la pratique semble portée à faire immédiatement, les modifications de statuts qu'elle pourrait faire plus tard, après la constitution de la société.

L'Assemblée constitutive agit comme les assemblées extraordinaires de la société définitivement formée (1). Pourvu qu'elle réunisse les mêmes conditions de majorité, quel inconvénient peut avoir ce système ?

Si l'on conçoit très bien qu'une assemblée annuelle sorte de ses attributions et devienne une assemblée extraordinaire quand elle comprend les éléments de majorité voulus, on admet moins facilement que l'on impose à des personnes non encore associées un mode de gouvernement qui n'appartient qu'aux sociétés en plein exercice : « Il s'agit de modifier les conditions dans lesquelles les souscrip-

1. Loi de 1867, art. 29 et 30.

tions ont eu lieu, de modifier le pacte social et une convention ne peut être changée que du consentement de tous les contractants » (1).

Cependant, dira-t-on, il y a une modification des statuts qui est possible sinon en vertu des termes de la loi, du moins en vertu de son esprit : les assemblées générales ont le droit d'approuver et de désapprouver l'estimation des apports en nature faits par les fondateurs à la société, à plus forte raison peuvent-ils les réduire : qui peut le plus peut le moins, désapprouver un apport est certainement plus grave que le réduire.

Les travaux préparatoires de la loi de 1867 paraissent inspirés de cette idée. On avait proposé d'ajouter au texte de l'article 4 al. 6 « à défaut d'approbation, la loi reste sans effet à l'égard de toutes les parties » les mots suivants « à moins qu'ils ne se mettent d'accord sur une évaluation différente ». La Chambre rejeta cette adjonction « comme inutile, les parties pouvant toujours transiger ». On en a conclu qu'on devait agir comme si cette adjonction existait réellement (2).

Faisons remarquer que, de la discussion très longue et peu claire des travaux préparatoires on tire avec assez de peine ce résultat. Du reste il n'y a pas de

1. Thèse Percerou, p. 121.

2. *Moniteur universel* du 1^{er} juin 1867.

transaction dans cette réduction du capital social par la majorité de l'assemblée constitutive qui est en réalité une minorité puisqu'elle peut ne pas dépasser un quart des actionnaires et du capital social.

Il serait peut-être utile de faire observer qu'on peut très bien prêter aux actionnaires le raisonnement suivant : Nous avons souscrit sept millions pour une société établie au capital de dix millions, les fondateurs estiment leurs apports en nature à trois millions. Ces apports ne valent qu'un million. A notre point de vue, une entreprise qui pouvait réussir avec dix millions ne peut réussir avec huit seulement. Nous ne pouvons que désapprouver et il ne saurait être question de réduire de deux millions, puisque d'après nous, avec ces ressources trop faibles, la société irait à la ruine.

Un raisonnement dans la même forme montrerait que la majorité n'a pas le droit d'imposer l'augmentation quand les souscriptions ont été surabondantes. Une société de transports devait rapporter à ses actionnaires un bénéfice de quinze pour cent. Précisément sans doute à cause de ce gain considérable les offres de capitaux ont excédé les demandes, la majorité a-t-elle le droit d'augmenter le chiffre du capital social, de le doubler par exemple en réduisant ainsi les dividendes d'un tiers ou de moitié ? Le seul mobile qui avait fait souscrire les actionnaires de la minorité était la perspective des

gros profits de l'entreprise. Ils seraient trompés dans leurs légitimes espérances.

Pour admettre soit la réduction, soit l'augmentation de la part de la majorité de l'assemblée constitutive, il faudrait un texte de loi qui n'existe pas (1). Elles ne seront possibles que du consentement de l'unanimité des actionnaires et des fondateurs.

Exiger ainsi l'acceptation de l'unanimité des actionnaires (2) est exiger l'impossible et mettre la société à la discrétion d'un associé malveillant. Une pareille méthode est presque inacceptable. On en arrive à souhaiter une règle analogue à la loi allemande de 1884 qui, dans les articles 175 et 175 f, exige seulement l'adhésion de tous les actionnaires présents à l'assemblée générale pour certaines modifications des statuts (3).

Il semble donc que l'assemblée constitutive doit rester strictement dans son rôle d'approbatrice ou de désapprobatrice d'apports, elle n'aurait même pas à contrôler la réduction que les fondateurs ont

1. Opinion de l'orateur du gouvernement dans la discussion de la loi de 1867.

2. En pratique, s'il fallait réunir l'unanimité des actionnaires on serait fort embarrassé. Très nombreux, très disséminés, ils seraient difficiles à diriger.

3. *Bull. lég. comp.* 16^e vol., p. 336 et 431.

pu faire subir aux actionnaires en cas de surabondance des souscriptions.

Les fondateurs peuvent avoir à demander l'approbation des assemblées constitutives pour certains de leurs actes.

Nous verrons qu'il arrive assez fréquemment que l'intérêt ou les besoins de la société future contraignent les fondateurs pendant la période constitutive à commencer l'exploitation, à mettre les usines en mouvement, à passer des contrats (1). Ils s'engagent eux-mêmes, mais ils n'engagent pas la société. Si la société échoue, les opérations restent à leur charge.

Ils exigeront de l'assemblée générale qu'elle les rémunère de l'argent et des soins dépensés dans ces opérations. Le moyen le plus simple serait de dire : Dans l'assemblée constitutive la société ratifiera les traités que les fondateurs auront pu passer dans son intérêt et elle sera censée, vis-à-vis de tous les associés avoir toujours été la seule contractante.

Il est évident que, pour les tiers qui ont passé des marchés avec les fondateurs cette ratification n'aurait pas le même effet. Les fondateurs resteraient responsables personnellement de leurs opérations

1. 2^e partie, chapitre II, 3^e section.

vis-à-vis de leurs contractants. Ce n'est pas avec la société, même avec la société future que les tiers ont eu l'intention de faire des affaires, c'est la personne seule du fondateur qu'ils ont en vue, c'est sur son propre crédit, sur ses garanties personnelles qu'ils ont compté pour le paiement de leur créance. La constitution de la société qui est pour lui, « *res inter alios acta* » ne pourrait changer son débiteur.

Mais pour les associés eux-mêmes on se demande si l'assemblée de vérification d'apports pourrait décider que la société serait intervenue elle-même, par anticipation, dans les contrats des fondateurs avec les tiers, et serait la seule créancière ou la seule obligée ? Il semble bien que la société n'est rien, qu'elle n'a aucune existence avant sa complète constitution, l'article 25 de la loi de 1867 dit que la société anonyme n'est constituée qu'après l'acceptation de leurs fonctions par les premiers fonctionnaires sociaux, l'article 5 al. 2 dit que la société en commandite par actions ne peut faire aucune opération sociale avant la nomination du conseil de surveillance. En la tenant comme contractante dans une marché passé avant sa constitution définitive on semble bien en contradiction avec ces deux articles. La pratique suppose néanmoins qu'elle est rétroactivement engagée depuis l'époque du contrat.

Mais ce ne sont pas les assemblées générales de véri-

fication d'apports qui peuvent ainsi mettre les opérations des fondateurs à la charge de la société, la loi ne leur donnant pas expressément cette mission et leurs attributions devant être absolument limitées dans les prescriptions de la loi. Les fondateurs attendent donc que la société soit constituée et s'adressent à la première assemblée générale qui se réunit après la naissance de la société. Ou même si les actes qu'ils veulent passer au compte de la société sont de simples actes d'administration, ils se contentent de charger les premiers administrateurs de les mettre à sa charge (1).

Un autre moyen pour le fondateur qui a acquis personnellement un bien dans l'intérêt de la société future, de faire passer les effets de son contrat au compte de la société, serait de transmettre ce bien à la société comme un apport en nature, mais il resterait responsable non seulement vis-à-vis des tiers ses cocontractants, mais encore envers la société à laquelle il devrait garantie de cet apport. Il rentrerait dans le rôle de l'assemblée constitutive d'approuver cet apport et dans cette hypothèse du moins la loi serait observée.

Nous avons vu qu'elle ne l'est pas toujours, c'est qu'elle ne répond pas aux besoins qui se font sentir, la pratique la tourne, la corrige et arrive ainsi à

1. Thaller, *Traité de droit commercial*. N° 423.

étendre les attributions des assemblées constitutives. Il vaudrait bien mieux que ces corrections vinssent de la loi.

§ 4. — *Remèdes à apporter à l'insuffisance de la loi.*

La loi allemande de 1884 est bien supérieure à la loi française sur le point qui nous occupe. Elle dit dans son article 175^e que l'assemblée générale élira le premier conseil de surveillance. Dans son article 175 f. elle ajoute que l'assemblée constitutive émettra un vote favorable à la constitution de la société. Elle indique ensuite d'une façon expresse les cas dans lesquels l'adhésion de tous les actionnaires présents est nécessaire. Cette unanimité doit avoir lieu pour modifier le montant du capital social, le siège de la société, l'objet de l'entreprise, le nombre et le montant des actions... etc. (Loi de 1884 art. 175) (1).

Ces dispositions laissent beaucoup moins de place à l'incertitude que la loi française. Elle aurait pu étendre son énumération de la même façon que la loi allemande, passer en revue les cas douteux qui sont aujourd'hui connus, décidant sur quels points la majorité est suffisante et sur quels autres points l'unanimité est nécessaire.

(1) *Bulletin de législation comparée* (p. 336 et 421).

Mais, pour être plus complète qu'elle ne l'est actuellement, l'énumération de la loi aurait encore le défaut de toutes les énumérations limitatives, car elle serait forcément limitative puisqu'elle aurait pour objet une série de dérogations à une règle de droit (celle de l'article 1165) et qu'on ne peut pas établir des dérogations autres que celles expressément indiquées par les textes.

La loi n'échapperait pas à ce reproche, quand même elle reproduirait le texte de la loi allemande lui-même, quand même elle ne semblerait oublier aucune des difficultés qui se sont présentées : il peut s'en présenter d'autres à l'avenir qu'il faudra prévoir à leur tour sous peine de revenir dans tous les cas non prévus aux systèmes imparfaits que l'on emploie actuellement.

Or il a été dit au début du chapitre que l'idée qui s'attache naturellement à l'institution des assemblées constitutives est qu'elles devraient contrôler, régulariser tout ce qui s'est passé dans la période constitutive. Cette idée la loi n'aurait qu'à l'exprimer en disant : Les assemblées constitutives ont pour fonctions de régulariser tout ce qui s'est passé pendant la période constitutive à une majorité donnée. Dans certaines hypothèses graves cependant, comme pour la réduction du capital social, par exemple, la loi française pourrait, à l'imitation de

la loi allemande exiger l'avis conforme de l'unanimité des actionnaires (1).

De cette manière on aurait une règle courte et simple et aucun des points à régulariser n'échapperait à la loi.

Section III. — De l'exploitation des apports pendant la période constitutive.

§ 1^{er}. — *Des hypothèses dans lesquelles il peut être avantageux d'exploiter immédiatement les apports.*

Nous venons de voir, en parlant du rôle de vérification des assemblées constitutives qu'on pourrait permettre à ces assemblées de mettre à la charge de la société certains actes de faits par les fondateurs pendant sa période de formation. Ces actes sont généralement faits sur les apports en nature.

Il paraît bien, d'après la loi, que les fonctions des fondateurs se réduisent à recueillir le capital social et à remplir les autres formalités indispensables pour constituer la société. Dans l'intérêt de cette société future cependant, ils peuvent encore

1. Voir sur l'extension des pouvoirs des assemblées générales dans le *Journal des Sociétés*, 1884, p. 759, une opinion analogue à la nôtre (Thaller, *Réf. soc.*).

se livrer à une catégorie d'opérations d'un autre genre : ils peuvent contracter des obligations avec des tiers, vendre, louer des ouvriers, commencer l'exploitation.

Généralement d'abord, les apports en nature consistent en usines, en magasins qui sont en pleine exploitation sous la direction du fondateur apporteur qui promet de les fournir à la société. Il faut bien que l'exploitation continue pendant la période constitutive, la vente et la fabrication ne doivent pas s'arrêter : on s'exposerait ainsi à perdre l'achalandage des magasins.

Même quand l'apport en nature n'est pas encore en exploitation, il peut y avoir intérêt à s'en servir sans retard pour mettre l'entreprise en marche, on peut ainsi empêcher l'ouverture et la concurrence d'un établissement rival.

Les opérations de cette espèce que font les fondateurs ne portent pas du reste forcément sur les apports en nature.

Supposons que la société par actions que l'on veut créer a pour objet une entreprise d'éclairage ou de transport. L'occasion se présente pour les promoteurs de la société d'acheter à très bon marché un terrain propice pour la construction de l'usine ou des bureaux, soit parce qu'il est voisin du cours d'eau

qui donne la force motrice, soit parce qu'il se trouve dans un point central de la ville.

Ou bien encore l'entrepreneur d'éclairage ou de transport avait obtenu une concession dont il sera déchu si l'éclairage et le mode de transport ne fonctionnent pas à une date donnée. Il est urgent pour lui de recruter un personnel, de louer des ouvriers s'il veut éviter de perdre sa concession.

Bien que la société ne soit pas encore constituée, par exemple parce que le capital social n'est pas entièrement souscrit, il y a le plus grand intérêt à faire immédiatement ces opérations. Il sera très avantageux que les fondateurs profitent du bon marché et achètent les terrains ou les immeubles dont ils ont besoin. Il sera nécessaire que le concessionnaire, pour éviter d'être déchu, passe les contrats et fasse les constructions indispensables pour que l'entreprise commence à fonctionner au jour convenu avec celui dont il tient la concession.

Dans certains cas même, l'exploitation pendant la période constitutive peut être le moyen d'attirer les souscriptions.

Plaçons-nous dans l'hypothèse où les souscriptions sont difficiles, où l'on hésite à adhérer à la société, parce qu'on a peu de confiance dans la réussite de l'entreprise et que l'on craint que l'innovation indus-

trielle, objet de la société n'ait aucune portée pratique et ne soit pas goûtée par le public.

Le moyen pour les fondateurs de se concilier les adhésions qui leur manquent n'est pas de rester inactifs. S'ils sont sûrs du succès, ils fabriqueront tout de suite et mettront en vente leur invention consistant par exemple dans un système de photographie ou d'éclairage. Il peut arriver que ces procédés nouveaux de peu d'apparence dans les projets et les prospectus soient en réalité merveilleux et très recherchés dans le public, dès leur apparition. Confians dans la supériorité de l'invention, séduits à la vue de l'affluence des acheteurs, et tentés par l'appât des bénéfices probables les capitalistes acceptent en masse les statuts et joignant leur numéraire aux faibles moyens des inventeurs, arriveront à fonder avec eux une société par action florissante.

Tous ces exemples démontrent que l'exploitation anticipée est souvent utile et qu'il faut qu'elle ait lieu dans les meilleures conditions possibles.

§ 2. — *Des conséquences des actes d'exploitation anticipée des apports vis-à-vis des fondateurs qui les ont faits.*

De ce fait que la société n'est pas constituée, que les opérations sociales ne peuvent pas légalement

commencer avant la nomination du conseil ou des commissaires de surveillance par l'assemblée générale (Loi du 24 juil. 1867, art. 3 et 25), on est forcé de conclure que les fondateurs agissent pendant la période constitutive sous leur propre responsabilité (1), et en leur propre nom. Il leur est impossible de contracter pour le compte de la société qui n'existe pas encore.

A. — *Vis-à-vis des tiers* ils restent toujours les seuls contractants. « Si une obligation, dit la loi suédoise (2), est contractée pour le compte de la société, avant qu'elle ait été enregistrée ceux qui l'ont contractée en sont tenus personnellement et solidairement ». En France d'abord les fondateurs ne peuvent pas contracter pour le compte de la société avant qu'elle existe, l'existence future de la société n'est pas supposée connue du tiers, ils agissent donc pour leur propre compte. De plus, il ne semble pas qu'ils doivent être considérés comme solidairement responsables vis-à-vis des tiers s'ils n'ont pas stipulé expressément la solidarité (Art.

1. « Si la société ne se constitue pas, les fondateurs ne sauraient prétendre qu'ils ont agi comme mandataires d'un être qui n'a jamais existé. Ils ont contracté en leur nom personnel et sont personnellement responsables » (Deloison. *Gazette des Tribunaux*, 11 février 1884).

2. Loi suédoise du 28 juin 1895. *Ann. lég. étr.* p. 602 et 603.

1202, C. civ.) et si le contrat n'est pas représenté par une lettre de change acceptée ou un billet à ordre signé par les fondateurs (Art. 140 et 187 co.) La solidarité ne se présume pas et les fondateurs seront tenus conjointement.

B. — *Vis-à-vis de leurs associés*, quelle est la situation des fondateurs qui ont ainsi contracté. Il est évident que si leurs efforts pour former la société échouent, les opérations qu'ils ont faites resteront définitivement à leur compte. Suivant les stipulations du contrat initial entre fondateurs dont nous avons parlé il pourrait peut-être y avoir lieu de distribuer la perte entre les fondateurs, membres d'une même société civile (1).

Mais qu'arrive-t-il si la société se forme ? On peut prendre deux partis :

1° Tout reste définitivement à la charge des fondateurs dans les opérations qu'ils ont faites dans l'intérêt de la société, la société reste étrangère à ces opérations. Cependant comme elles ont été faites dans son intérêt, si elle ne les prend pas en son nom, il est juste du moins que les fondateurs se fassent indemniser, rembourser par elle quand elle aura été créée par les Assemblées générales. Supposons que les fondateurs aient fait les réparations

1. Voir 2^e partie. Chap. I^{er}, § 1.

nécessaires aux immeubles de la société, aient fait installer les machines... etc. Ils rendront compte à la société de ce qu'ils ont fait, et si les actes accomplis restent à leur nom et à leur compte, ils pourront se faire payer par la société des dépenses et des peines que ces opérations ont pu leur causer.

Reste à savoir si la société leur délivrera exactement l'équivalent de leurs soins et de leurs déboursés. Évidemment elle mesurera la rémunération accordée au profit que l'acte rémunéré lui a causé. Il leur faudra prouver que leurs actes ont procuré à la société un avantage de tant. Ils pourront être payés incomplètement ; eux-mêmes, dans leurs réclamations peuvent ne pas avoir eu une idée exacte des conséquences de leurs obligations, et tout en étant imparfaitement dédommagés ils conserveront à leur compte tous les risques de l'acte qu'ils ont accompli dans l'intérêt de la société. Devant cette perspective ils hésiteront à passer les contrats utiles à la société future.

Ce premier parti complètement d'accord avec les prescriptions de la loi française n'est donc pas sans inconvénients.

2^o Supposons que la société se constitue à une date donnée, le 1^{er} novembre par exemple, avant sa constitution, les fondateurs ont été obligés de commencer l'exploitation, de louer des ouvriers, et en

réalité l'entreprise qui fait l'objet de la société fonctionne dès le 1^{er} octobre.

Au lieu de garder à leur charge tous les actes que cette exploitation a nécessités et de demander seulement à la société pour les dépenses et les peines que cette exploitation leur a causées, une indemnité proportionnelle au service rendu, ils demanderont à la société, c'est dit dans les statuts, de supposer rétroactivement qu'elle existe dès le 1^{er} octobre, de mentionner sur ses livres toutes les opérations faites à son profit par les fondateurs et de se regarder ainsi comme la vraie contractante.

De cette façon si les fondateurs sont toujours responsables vis-à-vis des tiers, du moins ils auront un recours contre la société qui aura pris leurs actes à son compte. Supposons, comme nous le disions tout à l'heure, qu'ils aient fait dans l'intérêt de la société de grosses réparations aux immeubles, la société soldera le prix coûtant de ces réparations, au lieu de donner au fondateur qui les a faites une somme ou un avantage mesurés au profit qu'elle en a retiré mais insuffisants pour indemniser ce fondateur. Si l'exploitation anticipée qui a empêché l'ouverture d'une maison rivale de la société, se solde par une perte, ce sera toujours la société qui la subira dès lors qu'elle a pris à son compte l'exploitation anticipée.

Il semblerait donc y avoir avantage à adopter ce second procédé qui ne laisse les risques du contrat sur la tête du fondateur seulement dans le cas où la société ne peut être définitivement créée.

Mais ce procédé est-il bien conforme à l'idée de la loi française ? Nous verrons que la loi française s'oppose à ce que la société puisse exister avant sa constitution définitive. Est-ce désobéir à cette règle que de faire partir par anticipation du 1^{er} octobre les comptes, les livres et les marchés d'une société dont la constitution définitive n'a eu lieu que le 1^{er} novembre ? Nous sommes amenés à remettre cette question à plus tard : quand, à la suite de l'étude des contrats de la période constitutive et des rapports entre les futurs associés, nous aurons essayé de fixer la condition de la société en formation dans le droit français, nous verrons si cette rétroactivité peut avoir lieu.

CHAPITRE III

DES CONTRATS DE SOUSCRIPTION D'ACTIONS, DU CAPITAL EN NUMÉRAIRE OBTENU PAR CES CONTRATS ET DES RAPPORTS ENTRE FONDATEURS ET SOUSCRIPTEURS PENDANT LA PÉRIODE CONSTITUTIVE.

La raison d'être de fait de la période constitutive, la principale cause pour laquelle on l'a toujours rencontrée dans les sociétés se formant par appel à l'épargne publique, c'est la recherche du capital en numéraire.

Pour pouvoir commencer son exploitation, en effet, et pour avoir des chances de succès, la société doit pouvoir compter sur un capital donné. La loi lui ordonne d'avoir en main, lors de sa constitution, au moins une partie de ce capital : les souscripteurs doivent avoir déjà fourni le quart (1) du montant de chacune de leurs actions si elles atteignent cent francs et le total si elles sont inférieures (Loi du

1. Voir les quotités de versement exigées par les codes belge et italien (*Ann. lég. étr.* 1883 et 1886).

1^{er} août 1893. art. 1^{er}). Cette première partie semble sans doute suffisante à la loi pour les premiers besoins de la société.

Evidemment il n'est pas interdit aux fondateurs de recueillir le complément du capital souscrit par des appels de fonds pendant la période constitutive. Mais il vaudrait peut-être mieux que ce qui est encore dû restât en réserve, en perspective. En effet si tout le capital est employé dès le début de la société, elle n'aura plus d'autres ressources que les emprunts pour se procurer l'argent nécessaire pour faire face aux circonstances inattendues.

Ce sont les fondateurs qui cherchent et trouvent les personnes qui s'engagent à fournir le numéraire à la société future, les souscripteurs.

Si nous voulons envisager les fondateurs dans leurs relations avec les souscripteurs, oublions les rapports des fondateurs entre eux et le contrat qui les unit, faisons des fondateurs une sorte de groupe indivisible, ou plutôt supposons comme cela est possible, qu'il n'existe qu'un seul fondateur.

Ce fondateur fait des offres au public : dans des prospectus il invite les capitalistes à entrer dans une société déterminée. Ses propositions ressemblent à celles du commerçant qui place sa marchandise dans son étalage, la mettant ainsi à la disposition

des acheteurs, c'est l'offre faite à des « *personæ incertæ* ».

Sous quelle forme l'offre du fondateur aux souscripteurs se présente-t-elle ? La loi ne le force pas à exposer dans des statuts les règles de la société future, il peut très bien fournir seulement des indications générales, faire connaître l'objet de la société, le chiffre du capital social. Il peut dire : « Je fais appel à l'épargne publique, je cherche des souscripteurs, si j'en trouve, si mon appel est entendu, je rédigerai alors les statuts de la société future ».

Il vaudrait bien mieux au contraire que le fondateur tint le raisonnement suivant : « Je viens de rédiger des statuts réglementant la marche de la société que je veux fonder. Dès aujourd'hui le public sait exactement à quoi je m'engage, et quelles seront les règles de la société dans laquelle je lui offre d'entrer ».

Avec cette seconde méthode, il réunirait beaucoup plus facilement le capital social. En effet, les souscripteurs qui se présentent volontiers quand ils connaissent, par les statuts, les règles de la société future, hésitent à accepter une société dont on ne leur a indiqué que l'objet et le capital. Leur hésitation se comprend, les règles de l'organisation sociale et,

par suite, leurs intérêts seront à la discrétion du fondateur qui rédigera les statuts à sa guise (1).

En un mot, dans le cas où les souscriptions précèdent la rédaction des statuts, les actionnaires qui, en souscrivant, adhèrent aux statuts, ne savent pas ce à quoi ils s'engagent (2).

Aussi la loi française devrait-elle forcer le fondateur, non seulement à rédiger tout d'abord les statuts, mais encore à porter ces statuts en entier à la connaissance du public.

On a eu la pensée de le faire dans le projet de loi de 1884, dans ses articles 4, 63 et 64. Nous verrons qu'on devait indiquer sur les bulletins de souscription les points principaux des statuts, ajoutons que ces mentions devaient également se trouver sur les prospectus et documents de la société en constitution (3). La disposition du projet de loi de 1884, re-

1. « Il sera bon que les statuts, à peine rédigés et dès avant les souscriptions, soient l'objet d'une publicité immédiate. Au lieu d'en connaître le contenu par des circulaires et des prospectus informes et tronqués à plaisir, les amateurs pourront ainsi lire l'acte social, dans son entier au recueil officiel, qui centralisera désormais les délibérations de toutes les sociétés constituées en France (articles 63 et 64 du projet de 1884). On enlèvera par là-même aux fondateurs le moyen d'altérer les statuts et de faire un nouvel acte d'association avant ce dépôt du deuxième original en une étude de notaire » (Thaller, *De la réforme des sociétés par actions*, p. 29).

2. Voir 2^e partie, chap. I^{er}.

3. Projet de loi déposé au Sénat le 6 septembre 1883 (*Annexes de l'Officiel*, p. 1097, décembre 1883).

lative aux statuts, se rapprochait de ce qui se passe dans plusieurs pays étrangers (1), dans lesquels la rédaction des statuts est le premier acte de la période constitutive et dans lesquels la publicité de ces statuts est requise.

Section I. — Définition du contrat de souscription d'actions.

Dès que le projet de société a été porté à la connaissance du public, un second personnage entre en scène : c'est le souscripteur, l'actionnaire en numéraire.

Le groupe des actionnaires en numéraire se recrute à l'aide des contrats de souscription d'actions

1. L'article 129 du Code italien prescrit le dépôt au greffe d'un programme ou prospectus contenant les indications déterminées par la loi. Le prospectus est reproduit sur le bulletin de souscription (*Ann. de lég. étr.*, 1813). L'article 31 de la loi belge du 18 mars 1873 dit que l'acte de société est préalablement publié à titre de projet (*Ann. de lég. fr. et étr.*, 1873, p. 343). La loi allemande, dans son article 175, ordonne aux associés responsables des sociétés en commandite par actions de faire établir un acte judiciaire ou notarié constatant la teneur des statuts. Les articles 175 et 175 *a* indiquent tout ce qui doit rentrer dans l'acte de société. V. aussi l'article 209 de la même loi, relatif aux sociétés anonymes (*Bull. de lég. comp.* 1884, p. 337).

qui, étant donnée leur quantité considérable, sont la principale source d'obligations pendant la période constitutive.

Par le contrat de souscription d'actions, les personnes qui veulent devenir actionnaires promettent, en échange de la qualité d'associé, de verser une certaine somme à la société, si elle se constitue et adhèrent aux statuts.

De leur côté, par le même contrat, les fondateurs s'obligent à leur reconnaître dans la société une ou plusieurs parts sociales négociables appelées actions.

Ces deux engagements ont pour objet des parts d'associés, des actions, ils ne pourront donc recevoir leur exécution que quand la société se formera, si elle se forme.

En attendant, il y a d'une part volonté de souscrire, de l'autre volonté d'accepter la souscription ; la rencontre de ces deux volontés forme le consentement indispensable à toute convention, et, pour savoir à quel moment la convention s'est formée, il faut chercher à quel moment le consentement s'est produit et quand les deux volontés ont concouru sur le plus ou moins grand nombre d'actions demandé.

Ou bien on pourrait dire : Dès que les souscripteurs ont souscrit, il leur est impossible de se rétracter. La rencontre de leur volonté avec celle du fonda-

teur a lieu au moment où ils déclarent souscrire. Les fondateurs, en disant dans les statuts : « Il est formé une société qui existera entre les propriétaires des actions ci-après créées », font une offre, ils offrent le titre d'actionnaire, c'est-à-dire d'associé, la souscription est l'acceptation de cet offre et c'est par cette souscription qu'elle devient irrévocable (1).

Voilà le système qui se présente le plus naturellement à l'esprit de celui qui considère les propositions des fondateurs comme les offres qu'un commerçant fait de sa marchandise à des « *personæ incertæ* ».

Ou bien encore on dira : Les futurs actionnaires offrent de devenir propriétaires de tant d'actions en souscrivant, leur offre les oblige dès qu'elle est acceptée par les fondateurs, jusque-là ils peuvent la rétracter. Le moment où le consentement se produira et où la faculté de rétractation sera enlevée sera celui de l'acceptation de la souscription par les fondateurs.

Ce deuxième système est préféré, en doctrine et en jurisprudence (2). Il semble moins conforme que

1. Un arrêt de la cour d'Aix (15 juin 1855. S. 57. 2. 94) semble bien considérer la réponse du souscripteur à l'offre comme suffisante pour lier le contrat, il admettait la validité des souscriptions, même si elles n'étaient pas suivies de la signature du gérant.

2. Voir les arrêts cités à la page suivante ; V. aussi Houpin (*J. Sociétés* 1895 p. 490).

l'autre à la réalité des faits. On pourrait peut-être dire que l'offre initiale faite par le fondateur n'a pas le même objet que la demande que le souscripteur lui fait en réponse à son offre, l'offre comprend toutes les actions disponibles, la demande de l'actionnaire porte sur un nombre d'actions qui est une partie plus ou moins grande de la quantité offerte, on pourrait dire que les deux volontés dans le contrat de souscriptions d'actions doivent concourir sur le nombre exact d'actions qui en font l'objet. Cependant lorsque chez un commerçant qui offre des marchandises, un client se présente en demandant telle ou telle quantité de marchandises, il n'est guère douteux que le marchand soit obligé de les lui fournir.

Dans le système généralement adopté qui exige l'acceptation du fondateur, dans quelle forme doit être donnée cette acceptation ? Il semble résulter des arrêts que la signature du gérant ou du fondateur peut suffire à prouver cette acceptation, par exemple une lettre motivée du gérant peut suffire (1). Toute fois « elle ne pourrait s'induire du simple visa apposé sur les lettres de demande des souscripteurs par le gérant, ou des inscriptions sans dates sur les registres de la société » (2). On a même considéré comme suffi-

1. Paris. 11 janvier 1854. 1. 136.

2. Paris, 17 avril 1852. S. 1852. 4 206. Paris 2 janvier 1853 D. 185. 4. 258. Paris. 10 août 1850. D. 1852. 2. 197.

sante l'acceptation faite verbalement par les mandataires de la société (1).

Si l'acceptation est ainsi certaine, à partir de cette acceptation il existe pour les deux parties une obligation. Le contrat de souscription d'actions est synallagmatique (2) puisqu'il oblige réciproquement les contractants les uns envers les autres, qu'il assujettit le souscripteur à verser et le fondateur à délivrer des actions.

Il est conditionnel, l'exécution de la promesse des deux parties étant subordonnée à l'existence de la société : les obligations des fondateurs et des actionnaires les uns envers les autres tomberont si la société ne se constitue pas. C'est un contrat sous condition suspensive, parce que les souscripteurs ne peuvent être associés que lors de la formation définitive de la société si elle se forme.

La condition de la constitution de la société est la seule condition qui puisse affecter le contrat de souscription d'actions. En dehors de cette condition il est pur et simple (3) et ne saurait « être affecté

1. Cass. 14 mars 1860, S. 60. 2. 363.

2. Lyon-Caen et Renault. (n° 686 *in fine*).

3. Avant la loi de 1856, une souscription d'actions pouvait être conditionnelle quand les statuts autorisaient ce genre de souscription ; ce genre de clause n'était en aucune façon contraire à la législation en vigueur, la conséquence de la condition mise ainsi à l'exigibilité intégrale des actions avait

de telle ou telle condition, potestative ou non, qui, en se réalisant, pourrait empêcher que le capital social ne fût entièrement souscrit » (1). Il faut que les souscriptions soient fermes et irrévocables.

Ainsi, un actionnaire ne pourrait pas convenir en souscrivant qu'il aurait le droit de se dédire, si, par exemple, une personne qu'il a désignée n'était pas pourvue d'un emploi dans la société.

Le contrat de souscription d'actions affecté d'une telle condition serait valable, mais la condition serait effacée et le contrat serait considéré comme pur et simple. S'il était nul, il manquerait dans le capital social le montant de la souscription qui fait son objet, et, le capital n'ayant pas été intégralement souscrit, la société serait nulle (2). Ce serait là un résultat déplorable, surtout pour les tiers qui, lorsque la nullité serait prononcée, se verraient dépouillés de toutes les garanties qu'ils croyaient trouver dans une société possédant en apparence une constitution légale et un capital entier. Ni les fondateurs, ni les actionnaires n'ont le droit de tromper le pu-

été déclarée obligatoirement même depuis la loi du 17 juillet 1856 s'il s'agit de sociétés fondées avant cette loi (Cass. 12 août 1863, S. 63, 459). Voir aussi Vavasseur (*Commentaire de la loi de 1856*, p. 8).

1. Houpin, *Journal des Sociétés* 1895, p. 490.

2. Cass. *J. des Sociétés* 1895, p. 332. 24 juin 1889 et 5 décembre 1889.

blic en lui présentant comme intégral un capital incomplet. C'est pour cette raison que vis-à-vis de la société la condition est considérée comme non écrite.

Mais on peut donner à cette condition un autre sens dans lequel elle serait valable, et on devra en vertu de l'article 1157 du Code civil l'interpréter dans cet autre sens. Les fondateurs qui ne peuvent pas s'engager à transmettre à la société autre chose qu'une souscription pure et simple, peuvent s'engager, si la condition ne s'accomplit pas, à faire personnellement ce qu'il faut pour que l'engagement soit tenu, c'est-à-dire à rembourser le versement du souscripteur et à prendre les actions à leur compte (1). Non écrite vis-à-vis de la société, la condition est valable comme engagement personnel des fondateurs et s'ils ne tiennent pas cet engagement, il y aura lieu contre eux à des dommages intérêts.

Cela n'empêche pas les souscriptions d'être fermes et irrévocables vis-à-vis de la société. Il faut ajouter qu'elles doivent être loyales. Si des certificats de versement étaient délivrés à des personnes n'ayant rien versé, n'ayant souscrit que pour rendre service aux fondateurs et pour accélérer la formation

1. Thaler (*Traité de droit commercial*, n° 408).

de la société (1), on en arriverait à présenter lors de la constitution un capital fictif. Le fait pour les souscriptions de n'être pas sincères amènerait la nullité de la société et entraînerait une certaine responsabilité civile et pénale pour les fondateurs (2).

En cas de difficulté, l'intégralité et la loyauté des contrats de souscriptions seraient du ressort des tribunaux civils. Le contrat de souscription ne rentre pas en effet dans les actes de commerce, c'est un contrat civil (3).

1. Thaler (*De la réforme de la loi sur les sociétés par actions*, p. 49). (*Projet de loi concernant les sociétés anonymes et les sociétés par actions*, Berlin Heymann, 1883).

2. Art. 13 et suivants de la loi de 1867 ; art. 8 et 42 de la même loi ; art. 5 de la loi du 1^{er} août 1893.

3. Ce point est fort discuté. V. un article de la *Revue pratique des sociétés* (Belgique) 1891, p. 100 ; v. aussi un jugement du tribunal de Bruxelles du 6 décembre 1890 ; v. également Lyon-Caen et Renault (*Traité des sociétés* nos 559, 648 bis, 470 et 478) : l'obligation de l'actionnaire est commerciale. Au contraire et en faveur de notre opinion. V. *J. des Sociétés* 1890, p. 460 (Req. 24 juin 1889) : « La souscription d'actions d'une société anonyme ne constitue pas par elle-même un acte de commerce. En conséquence, le juge des référés est compétent pour ordonner la communication à un actionnaire de l'inventaire et de la liste des actionnaires. Mais, en cas de contestation sur l'étendue du droit de communication, le juge des référés ne peut, sans excéder ses pouvoirs et préjuger du fonds ordonner que l'actionnaire pourra prendre non seulement communication, mais copie de la liste des actionnaires et de l'inventaire ».

De ce qu'il est un contrat civil, il résulte qu'il est soumis aux modes de preuve du droit civil. C'est pour cette raison que les actionnaires signent un « bulletin de souscription ». Au-dessus de cent cinquante francs on ne pourrait pas prouver leur souscription par témoins, avec le bulletin de souscription elle est prouvée par écrit. Le bulletin de souscription est un tableau généralement très incomplet des obligations de l'actionnaire : Je déclare souscrire tant d'actions de tant, et je m'engage à verser en souscrivant le premier quart et les trois autres quarts au fur et à mesure des appels de fonds, conformément aux statuts de la société auxquels j'adhère (1).

Dans l'état actuel du droit les souscripteurs peuvent ainsi adhérer aux statuts sans les connaître, les

1. Si, en droit français, il n'est prescrit aucune règle de forme pour la souscription des actions, il n'en est pas de même à l'étranger : l'article 34 de la loi belge, al. 3 dit : « Les souscriptions doivent indiquer : la date de l'acte authentique et sa publication ; l'objet de la société, le capital social et le nombre d'actions ; les apports et les conditions auxquels ils sont faits ; les avantages particuliers attribués aux fondateurs ; le versement sur chaque action d'un dixième au moins de la souscription (*Ann. lég. étr.* 1873, p. 343. Loi du 18 mai 1873). (Loi de 1886. *Ann. de lég. étr.* 1886, p. 476). L'article 175^e de la loi allemande du 28 juin 1884 veut que les bulletins de souscription d'actions soient faits en double et contiennent des énonciations analogues (*Ann. lég. étr.* 1884, p. 105).

statuts ne sont pas forcément reproduits même dans leurs parties capitales sur les bulletins de souscriptions ou les prospectus qui y sont joints. Il serait cependant bon que l'actionnaire n'adhérât pas aux statuts sans savoir ce qu'ils devront contenir.

C'était pour combler cette lacune que l'article 4 du projet de réforme des sociétés de 1884 disait : Tout bulletin de souscription doit contenir : 1° l'indication sommaire de l'objet de la société ; 2° le montant du capital social ; 3° la part du capital représentée par des apports en nature ; 4° celle à réaliser en espèces ; 5° les avantages particuliers réservés aux fondateurs (1) ; 6° la date de la publication du projet d'actes de société.

Les affiches et prospectus devaient contenir les mêmes énonciations, de sorte que les personnes tentées de souscrire étaient renseignées d'une façon indiscutable sur leurs obligations.

Nous verrons que le contrat de souscriptions d'actions n'impose pas aux fondateurs l'obligation de fonder la société, voyons quelles sont les obligations qu'il impose aux souscripteurs.

1. Projet de loi sur les sociétés de 1883, art. 4.

Section II. — Conséquences du contrat de souscription d'actions.

§ 1. — *Obligations des souscripteurs — Obligation pour les souscripteurs de maintenir leurs souscriptions.*

D'abord ils ne peuvent pas retirer leurs souscriptions, lorsqu'une souscription a été acceptée par les fondateurs, le contrat est ferme, irrévocable. Les contractants ne peuvent pas se dédire (1). En vertu de l'article 1122 du Code civil, ils sont censés avoir stipulé non seulement pour eux, mais encore pour leurs héritiers et ayants cause. Donc si les souscripteurs viennent à mourir après le moment de leur souscriptions, et avant la constitution de la société, leurs héritiers, même mineurs sont obligés d'exécuter leurs souscriptions en versant le montant des actions, et de respecter les statuts auxquels leurs auteurs ont adhéré, de la même façon que leurs auteurs eux-mêmes. L'obligation est parfaite, il ne leur reste plus qu'à l'acquitter (art. 1236 C. c.), la présence à l'assemblée générale et les autres formalités de la période constitutive sont seulement destinées à voir quelle est la manière la plus avanta-

1. Houpin. *Journal des Sociétés*, novembre 1895, p. 490.

geuse d'exécuter le contrat, ce ne sont que des actes d'administration qui peuvent être faits par les représentants des héritiers, s'il sont incapables.

Les souscripteurs ne peuvent retirer leurs souscriptions que dans un seul cas : quand la société ne se fonde pas. Les fondateurs, par exemple, ne peuvent pas réunir la totalité du capital à souscrire. Pour arriver à constituer la société dans de telles conditions, il faudra réduire le chiffre du capital social, l'abaisser au montant des souscriptions obtenues, ce qui peut avoir des conséquences graves : en effet si le capital fixé dans les statuts est suffisant pour la réussite de la société, un capital inférieur peut être trop faible. La réduction du capital nécessitera le consentement unanime des actionnaires et des fondateurs. Si elle n'est pas obtenue, la condition à laquelle étaient subordonnés les contrats de souscription ne s'accomplit pas et les souscripteurs sont déliés de leurs engagements.

Il en serait de même si la période constitutive se prolongeait indéfiniment (1). Il ne serait pas normal de laisser les souscripteurs attendre trop longtemps ; les souscripteurs ou leurs représentants sont en

1. La loi allemande (art. 209^e 4^e) dit que le bulletin de souscription doit indiquer un délai, passé lequel les souscripteurs sont relevés de leur engagement si la société n'est pas formée (*Bulletin lég. comp.* 1884, p. 346).

droit, lorsqu'il s'est écoulé un temps suffisant (ce qui serait à l'occasion laissé à l'appréciation des tribunaux) de demander, à défaut de constitution de la société, que leurs souscriptions soient nulles. Le tribunal annulerait et mettrait les frais à la charge des fondateurs (1). Cette résolution du contrat par suite des longueurs de la période constitutive n'est pas autre chose qu'une résolution causée par la défaillance de l'unique condition du contrat conditionnel de souscription d'actions, c'est un cas de non-constitution de la société que les souscripteurs font constater en justice, parce que les fondateurs ne se décident pas à le constater de bon gré. Le contrat de souscription d'actions disparaissant, c'est comme si aucun lien de droit n'avait existé entre fondateurs et souscripteurs, les souscripteurs reprennent leur versement intégral, et si les fondateurs ont fait des dépenses ils les supportent seuls.

Mais tant que la non-constitution de la société n'est pas certaine, les souscripteurs sont tenus envers les fondateurs et en même temps envers les apporteurs qui sont tous fondateurs. Qu'arriverait-il s'ils refusaient d'exécuter leur engagement, d'effectuer le versement légal ?

1. La loi italienne fixe un délai d'après lequel les souscripteurs décident eux-mêmes leur libération. (Art. 99) (*Ann. lég., étr.* 1883).

Dans la pratique, le refus d'accomplir le versement légal ne peut se rencontrer que rarement. Généralement pour être accepté tout bulletin de souscription doit être accompagné du versement du quart. Verser le quart en souscrivant, c'est une des obligations qui sont exigées pour que le contrat de souscription soit pris au sérieux (1).

Si toutefois le versement légal ne doit pas être fait en souscrivant, le refus postérieur de l'effectuer entraînerait la résolution du contrat synallagmatique de souscription d'actions.

Mais le refus de verser peut être préjudiciable aux fondateurs qui peuvent n'attendre plus que le versement pour constituer la société (2). Si le sous-

1. Il n'est pas d'obligation d'exiger le versement du quart au moment de la souscription, mais il est prudent de le faire : « En effet, comme le dit très bien M. Bédarride (loi de 1867 n° 14) le temps consacré à recueillir cette souscription peut avoir modifié la situation des premiers souscripteurs, et s'ils refusent de verser, s'ils ne sont plus en mesure de le faire, faudra-t-il les remplacer, et le temps employé à ce remplacement n'amènera-t-il pas d'autres refus, d'autres insolvabilités qu'il faudra remplacer à leur tour? C'est un cercle vicieux. Il est prudent et sage de ne pas courir un tel risque. » (Rod Rousseau. *Des sociétés françaises et étrangères*, T. I. p. 355, n° 1030).

2. Art. 184^a de la loi allemande : « Les associés qui tarderont à effectuer les versements réclamés pourront être invités à se libérer par avis portant menace d'exclusion. La sommation sera renouvelée trois fois..... L'associé qui, après la sommation ne versera pas sera déchu..... L'associé exclus

cripteur était dans l'impossibilité d'effectuer son versement, s'il tombait en faillite par exemple, il y aurait lieu d'appliquer les mêmes règles que pour les apports en nature (1).

Il peut arriver aussi que le versement du quart étant fourni sur une action de cent francs ou plus, le souscripteur soit en faillite au moment de la constitution de la société. Puisqu'à ce moment-là il est dans l'impossibilité d'effectuer le versement de la totalité de son action, le capital social serait incomplet et la société nulle (2). Ce serait peut-être aller trop loin. En réalité le capital social ne courrait aucun risque d'être incomplètement versé. Dès que la société est constituée, la pratique admet que les administrateurs de la société dûment habilités s'il y a lieu par l'assemblée générale peuvent obtenir le complément des versements sur chaque action en recourant au moyen de l'exécution

restera tenu envers la société des dédommagements dus en conséquence des pertes occasionnées lors de cet appel de fonds ou des appels ultérieurs (*Bull. de lég. comp.* 1884, p. 345).

1. Voir 2^e partie, chap. II.

2. « Les dispositions des art. 1 et 24 de la loi de 1867 sur les sociétés sont impératives. Quelque faible que soit le retard du paiement du quart sur quelqu'une des actions souscrites, alors même qu'il n'aurait, à cause de la modicité de la somme ou du peu de temps de retard privé la société de d'un capital insignifiant, les juges du fait ne peuvent que prononcer la nullité demandée à raison de ce retard. »

en bourse. Le souscripteur primitif serait déchu de son droit et l'action au lieu de lui appartenir serait transmise à un second acquéreur.

§ 2. — *De ce qui est interdit relativement aux souscriptions et au capital en numéraire de la société en constitution.*

A. *De la circulation des certificats provisoires de promesses d'actions.* — Les droits des futurs associés, quant aux souscriptions et à la réunion du capital en numéraire, sont limités. Quand le souscripteur a opéré son versement on lui délivre un certificat nominatif généralement détaché d'un carnet à souche et constatant son versement. Ce n'est pas encore un titre d'action proprement dit, mais il indique qu'il y a promesse d'action.

Les certificats définitifs d'actions ne peuvent pas être délivrés avant que la société soit définitivement fondée, c'est-à-dire pendant la période constitutive (1). Si les fondateurs en délivraient, ils encourraient une amende et la société serait exposée à la nullité, nullité qui pourrait se couvrir depuis 1893 par la disparition de l'irrégularité, c'est-à-dire le retrait des certificats illégalement délivrés et

1. Loi de 1867, art. 2.

l'émission de nouveaux titres d'actions pour les remplacer (1).

Donc, pendant la période constitutive, on ne peut délivrer que des certificats provisoires d'actions. Ces certificats provisoires sont-ils négociables ?

L'article 2 de la loi de 1867 dit : Les actions sont négociables après le versement du premier quart. Ce texte s'exprime mal puisqu'il veut dire que les actions sont négociables après la constitution de la société ainsi que cela résulte des travaux préparatoires de la loi (2). Donc avant la constitution de la société elles ne le sont pas.

Il semble bien qu'on doit immédiatement induire de la loi la conséquence suivante : puisque les actions ne sont pas négociables pendant la période constitutive, les négociations pendant toute cette période sont nulles.

Ce n'est pourtant pas de cette façon que la jurisprudence semble actuellement apprécier les négociations d'actions. Le tribunal de commerce de Lyon à plusieurs reprises, puis le tribunal de commerce de Saint-Etienne ont admis la validité de ces négociations (3).

M. Lyon-Caen dans une note insérée sous un ar-

1. Loi de 1893, art. 3.

2. Mathieu (Commentaire de la loi de 1867). —

3. *Moniteur judiciaire de Lyon* (18 août 1882).

rêt de la Cour de Lyon dans le même sens (4) explique que la loi de 1867 se contente de frapper ces négociations d'une sanction pénale en disant dans son article 14 : La négociation d'actions ou de coupons d'actions pour lesquels le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'article 2 de la loi est punie d'une amende de 500 à 10.000 francs.

Toutes les fois que la loi prononce une sanction pénale contre un acte qu'elle défend, il ne s'ensuit pas forcément que la nullité de cet acte se produise. Il ne faut pas faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas en prétendant que ces négociations sont nulles.

M. Thaller (1) avait antérieurement examiné la question dans un article paru dans la *Revue critique* de 1883 à l'occasion du premier jugement du tribunal de Lyon, il était d'un avis contraire.

Voici dans quelles circonstances la question de la nullité des négociations d'actions peut surgir :

Les fondateurs ont, au mépris de la loi émis des actions pendant la période constitutive, ces actions ont circulé par le moyen des négociations avant la formation définitive de la société, la société ne se constitue pas, ou bien elle se constitue et sa nullité est prononcée, le porteur actuel de l'action subit

1. S. 1884, 2. 49.

2. Thaller (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 319).

une perte égale au montant de son action, peut-il se retourner en garantie contre celui qui lui a vendu l'action pendant la période constitutive ? Si la négociation est nulle, toutes les choses sont remises au même point qu'avant la négociation, et il peut réclamer le prix payé ; si elle est valable, il n'a aucun recours.

La même question se pose quand la société s'est constituée en fait et que les actions illégalement émises ont circulé après la constitution de fait. Quel est le sort de ces négociations faites postérieurement à la constitution de la société si la société est déclarée nulle ?

On peut dire que les négociations d'actions ont été nulles en s'appuyant sur deux ordres de raisons.

1° Sur l'article 2 de la loi de 1867. Tandis que les arrêts combinent l'article 2 avec l'article 14 pour proclamer la validité des négociations pendant la période constitutive, on affirme au contraire que cet article contient une prohibition dont résulte normalement la nullité des négociations.

M. Thaller a distingué entre les négociations antérieures et les négociations postérieures à la constitution de fait de la société, il croit que les premières doivent être annulées et les secondes maintenues.

L'article 14 dit : Les négociations d'actions sont

punies d'amendes, or on ne peut pas punir ceux qui ne peuvent pas savoir qu'ils désobéissent à la loi, qui n'ont commis ni faute ni fraude. Tel est le cas des actionnaires qui postérieurement à la constitution de fait de la société négocient des actions irrégulièrement émises. Du moment que la société est constituée, ils sont en règle, ils ne peuvent pas savoir que les actions ont été émises irrégulièrement. Les seules personnes que la loi peut atteindre de ses pénalités sont les fondateurs qui avaient connaissance de l'illégalité. Elle ne peut pas frapper pénalement les actionnaires, et ne peut pas non plus les frapper civilement en annulant les négociations et en leur refusant toute garantie contre leurs vendeurs.

Quant aux négociations d'actions antérieures à la constitution, elles présentent par elles-mêmes un caractère illicite, les souscripteurs comme les fondateurs savent bien que ces actions ne sont pas encore négociables et qu'en les négociant ils violent la loi. Donc on appliquera dans cette seconde hypothèse les dispositions des articles 2 et 14 de la loi de 1867 à la fois aux fondateurs et aux souscripteurs. Il y aura d'abord pour eux une amende, puis les négociations seront frappées de nullité.

Il en résulte que, même dans l'opinion qui admet que la sanction de l'article 2 est non seulement

l'amende mais la nullité, les négociations d'actions irrégulièrement émises seront valables si elles ont été faites après la formation de la société.

2° Si la nullité des négociations d'actions pendant la période constitutive ne résulte pas d'une façon absolument claire de la loi de 1867, on peut produire en sa faveur une autre série d'arguments tirés d'un autre ordre d'idées.

C'est le droit civil qui nous les fournit. Ils ressortent des dispositions relatives à la vente ou à la cession de droits incorporels. La jurisprudence que nous avons citée rejette ces arguments parce que nous nous trouvons dans la matière toute spéciale des sociétés par actions qui obéit à des règles particulières et qui échappe au droit civil.

Si la loi de 1867 réglementait tous les points de droits relatifs aux sociétés par actions, l'idée de la jurisprudence serait bonne, mais la loi ne s'occupe pas d'un nombre très limité de points concernant ces sociétés. Où la loi est silencieuse il faut bien recourir au droit commun, au Code civil. Les droits et les obligations créés par la négociation des certificats d'actions restent justement dans la catégorie de questions qui n'ont pas été réglées par la loi de 1867.

Or l'article 1693 du Code civil s'exprime ainsi : Celui qui vend une créance ou un autre droit incor-

porel, doit en garantir l'existence au temps du transport quoiqu'il soit fait sans garantie.

Si, au moment de la négociation, la société n'existe pas, l'action n'existe pas, et il y a lieu d'appliquer l'article 1693 et par conséquent d'exercer le recours en garantie.

Quand la négociation s'est produite après la constitution de la société qui doit être déclarée nulle dans la suite pour irrégularité de formation, on pourrait dire que la société a eu une certaine existence de fait jusqu'au jugement qui l'a déclarée nulle et ainsi on en arrivera à conclure que les négociations sont valables si elles ont été faites postérieurement à la constitution, comme nous l'avons dit plus haut.

Mais si la négociation se produit pendant la période constitutive, il y a certainement lieu à garantie, on ne peut pas dire qu'une société existe pendant sa période constitutive, par conséquent l'action est inexistante et l'article 1693 s'applique (1).

Ces raisons n'ont pas été adoptées, par la jurisprudence qui continue à résoudre la question de la façon suivante : « La nullité de la société laisse sub-

1. Si l'on ne peut se servir de ce raisonnement basé sur l'article 1693, on peut en établir un autre sur l'article 1140, l'acheteur a été trompé sur la substance, on lui a vendu autre chose que ce qu'il devait avoir et la vente devrait être nulle.

sister des faits qu'il n'est au pouvoir de personne d'effacer ; par suite les négociations des actions d'une société nulle ne peuvent être annulées ni pour défaut d'objet, ni pour erreur sur la substance, et il n'y a pas lieu davantage à l'application de l'article 1693 C. c. » (1).

On admet généralement, en vertu de ces principes, que la cession *jure civili* des actions est permise. On voit dans la prohibition de l'article 2 de la loi de 1867 une disposition ayant surtout pour but d'empêcher les spéculations, et les spéculations sont difficiles avec les formalités imposées aux cessions de créance (1690 C. c.)

Mais il y aurait peut-être lieu d'interdire un procédé qui échappe aux formalités de la cession de créance *jure civili* et qui se rapproche assez des cessions et des négociations d'actions : c'est la vente d'actions livrables à l'émission (2) : les vendeurs promettent de livrer le titre à l'acheteur quand la société définitivement constituée pourra émettre le titre. Il y a là un contrat conditionnel, tandis que d'après le système de la jurisprudence la négociation est plutôt un contrat aléatoire.

1. Lyon 1882. S. 1884. 2. 49.

2. Thaller (*Traité de droit commercial*, n° 493).

B. *Des emprunts pendant la période constitutive.* — Si après avoir examiné la question de la négociation des promesses d'actions, on continue à passer en revue ce qui est défendu pendant la période constitutive, on peut avoir l'idée de se demander si on peut procurer du numéraire à la société autrement que par les versements qu'elle a le droit d'exiger de ses souscripteurs.

On comprendrait qu'elle eût besoin d'argent pendant sa période constitutive si elle avait le droit de se servir de cet argent pour son exploitation, mais les sommes versées ne sont pas mises à sa disposition, dans la pratique elles restent consignées dans l'établissement de crédit dépositaire.

D'un autre côté, nous avons dit que le versement légal devait suffire aux premiers besoins de la société. Cependant elle peut, si elle le désire pendant sa période constitutive, faire d'autres appels de fonds pour se trouver en possession de plus de ressources immédiates au moment où elle sera constituée. Mais ira-t-on jusqu'à lui permettre d'emprunter ?

Les fondateurs, supposons-le, commencent les opérations avant la constitution de la société ; peuvent-ils emprunter en son nom ?

L'emprunt rentre dans la série des contrats qu'il est permis aux fondateurs de faire à leur compte, dont ils sont personnellement responsables et qu'ils

pourraient peut-être mettre à la charge de la société si elle l'approuvait en assemblée générale. Voilà l'unique sorte d'emprunt qui paraît permise à la société pendant sa période constitutive.

On a cependant remarqué que des sociétés ont émis des obligations avant de commencer à fonctionner. La loi belge de 1873 prend ces précautions contre ces émissions inopportunes et excessives (1).

Une société qui n'existe pas ne peut pas émettre d'obligations pendant sa période constitutive parce qu'elle ruinerait son crédit avant de naître, se chargerait par anticipation de lourds intérêts à payer aux obligataires et que, même pendant le cours normal de son existence, la société n'émet d'obligations qu'après avoir consulté ses assemblées générales. Avant tout il faut que le capital souscrit permette à la société de suffire à ses premiers besoins. Ce n'est qu'après sa naissance lorsque sa période constitutive est finie qu'elle peut émettre des obligations.

C. *Des souscriptions fictives* (2). — La loi ne défend

1. Loi belge de 1873 (art. 68). Les sociétés anonymes ne peuvent émettre d'obligations remboursables par voie de tirage au sort à un taux supérieur au prix d'émission qu'à la condition que les obligations rapportent 3 0/0 d'intérêts, etc... Il ne peut être créé d'obligations de cette nature qu'après la constitution de la société.

2. Lyon-Caen et Renault (*Traité des Sociétés communales*, nos 688, 693).

à personne de se porter souscripteur. Les fondateurs eux-mêmes peuvent prendre des actions en numéraire, mais la présence des fondateurs au milieu des actionnaires en numéraire est de nature à produire de graves dangers.

Les règles de la loi de 1856 (1) et de la loi de 1867, celles qui ont eu pour effet indirect de créer la période constitutive (2) veulent qu'avant le commencement des opérations sociales, le capital en numéraire soit entièrement souscrit. Cette règle imposée dans une pensée de protection pour les actionnaires avait pour but d'empêcher les fondateurs de commencer les opérations sociales avec un capital insuffisant.

Or, cette règle a été le point de départ d'un abus qui est tellement fréquent dans la pratique qu'il est une des deux principales entraves à la marche régulière des sociétés et à la sécurité des actionnaires (3).

Si les souscriptions sont trop lentes, les fondateurs s'impatientent, ils craignent qu'une période constitutive trop longue ne nuise au succès de l'entreprise, d'un autre côté les circonstances peuvent exiger le fonctionnement immédiat des opérations

1. Thaller (*Traité de droit commercial*, n° 197).

2. V. Introduction.

3. Thaller (*De la Réforme des sociétés par actions*, p. 49).

sociales que les fondateurs ne peuvent pas mettre en mouvement par leurs seuls moyens et sans puiser dans la caisse contenant les versements légaux.

Pour pouvoir constituer la société, pour pouvoir compléter le capital social, et pour pouvoir commencer tout de suite leur exploitation, ils achèvent les souscriptions en se portant souscripteurs. Ils se délivrent bien des certificats de versement, mais en réalité, ils n'ont rien versé, ou bien ils ont fait des versements incomplets, gardant ce qui manque à leurs versements pour se rémunérer du service qu'ils ont rendu à la société en souscrivant. Il en résulte que le capital social est fictif et que la société est presque toujours condamnée à l'impuissance par suite de l'insuffisance de ses ressources initiales.

La cause de ce mal c'est, dit-on, le retard que la nécessité de recueillir intégralement le capital social met à la formation de la société, c'est la période constitutive : *Sublata causa, tollitur effectus*. Faut-il supprimer la période constitutive de droit, et revenir au système antérieur à 1856, en la remplaçant par une période constitutive de fait perpétuelle qui n'empêcherait pas la constitution de la société ? Suivant la méthode anglaise, faut-il remettre la souscription du capital social après la constitution de la société, ou bien si l'on veut agir d'une façon moins radicale, se contentera-t-on, comme dans

l'Etat de New-York de la souscription de la moitié du capital social pour former définitivement la société ?

En prenant de telles mesures la loi ne corrigerait guère les abus, elle ne ferait que les rendre légaux, comme ils l'étaient avant 1856. Ce n'est pas parce que l'existence de la société est définitive que la somme nécessaire à sa réussite sera plus facilement recueillie (2). La fraude actuelle aura disparu, c'est vrai, mais le préjudice sera le même pour les actionnaires. Dans un cas comme dans l'autre la société sera précipitée vers sa ruine par suite du manque de numéraire.

Le manque de numéraire, voilà la seule vraie raison de l'échec de la société, cet échec ne paraît pas venir de ce que la formation de la société est plus ou moins retardée. Ce qu'il faut empêcher, ce n'est pas que la période constitutive soit trop longue, mais que l'on ne fasse pas fonctionner la société avec un capital incomplet.

La loi française édicte bien des nullités contre la société constituée avec un capital fictif. Les fondateurs sont bien responsables pénalement (3) et civi-

1. Rod-Rousseau, *Sociétés françaises et étrangères*, II, p. 115 et suiv.

2. Exposé des motifs de la loi allemande de 1884 remaniant le Code de commerce et la novelle du 11 juin 1870 V. Thaller (*Réforme des sociétés par actions*, p. 48).

3. Art. 13, al. 1^{er} de la loi de 1867.

lement. Mais ce système répressif ne les effraie pas et ne répare guère le préjudice causé.

Aussi les lois étrangères se gardent bien d'adopter la méthode française (1). Elles usent d'un régime préventif et font vérifier la consistance du capital social par l'autorité judiciaire. Dans l'article 9 du projet de loi de 1883 sur les sociétés on trouvait quelque chose d'analogue (2) mais l'application de l'expertise judiciaire ordonnée par cet article 9 dépendait de la volonté des actionnaires, elle était facultative et il était à redouter, qu'influencés par les fondateurs ils ne voulussent pas la réclamer. Pour cette raison, on en est arrivé à indiquer l'expertise forcée comme seul moyen pratique de constater si la société entre en scène avec un capital effectif (3).

Est-il bien facile, même pour l'expertise de voir si les versements n'ont pas été fictifs ? L'article 3 al. 3 du projet de 1883 (4) disait que la déclaration

1. Exposé des motifs de la loi allemande de 1884.

2. Art. 9. Si la demande en est faite par le quart des actionnaires présents, la sincérité de la déclaration des fondateurs est soumise à l'appréciation d'un ou de trois experts nommés par le président du tribunal de commerce du lieu où le montant des versements a été déposé.

3. A. Jacquand (*Examen critique du projet de réforme de la loi sur les sociétés par actions*, p. 88).

4. Art. 3, al. 3 du projet de 1883 : Les souscriptions et les versements sont constatés par une déclaration des fondateurs dans un acte notarié : la déclaration indique le lieu où le montant des versements a été déposé.

notariée faite par les fondateurs ou les gérants en vertu des al. 3 et 4 de l'article 1^{er} de la loi de 1867 devait indiquer le lieu où les versements avaient été faits. On croyait ainsi faciliter beaucoup la vérification de l'intégralité du capital social. Mais si la personne chez laquelle les fonds sont déposés est à la discrétion des fondateurs, la vérification ne sera pas toujours exacte.

Nous verrons en effet quand nous examinerons la question de savoir où les fonds versés par les souscripteurs pendant la période constitutive sont déposés, que la loi française permet même de les laisser entre les mains des fondateurs. Donc il ne suffit pas d'indiquer où le capital en numéraire est versé pour que l'expertise puisse constater d'une façon certaine que la société débute avec un capital réel.

D. De l'impossibilité pour les fondateurs pendant la période constitutive de se servir du numéraire versé. — De ce que la loi n'interdit pas le dépôt des versements entre les mains des fondateurs, il ne s'ensuit pas qu'ils puissent se servir des sommes qu'ils ont reçues même pour des opérations sociales. Ces sommes ne leur appartiennent pas, elles n'appartiennent pas davantage à la société qui n'existe pas encore et nous verrons que l'esprit de la loi française en fait une consignation qui doit pouvoir être

représentée au moment de la constitution définitive. Les fondateurs n'ont donc aucun droit sur le numéraire déposé et s'ils s'en servaient par suite de la tolérance du dépositaire ils s'exposeraient aux sanctions des articles 13 et 42 de la loi de 1867.

Dans certaines hypothèses, cette prohibition peut avoir des conséquences regrettables. En effet l'occasion se présente pour les fondateurs d'acheter à bon marché un immeuble pour loger les ingénieurs, des voitures et des chevaux, du matériel : ces achats rentrent dans les opérations sociales interdites avant la constitution et les fondateurs n'ont pas le droit de prendre sur le numéraire versé pour en couvrir les frais, même quand la société y aurait intérêt. Et cependant quel inconvénient ces achats pourraient-ils présenter ? Ils ne diminuent pas le capital social puisque l'argent y est remplacé par un immeuble qui a une valeur égale.

En fait, bien que le numéraire déposé ne soit pas la propriété des fondateurs, bien que la société n'existe pas encore, si les dépenses semblaient utiles, si le capital qu'elles absorbent devait certainement se retrouver en nature lors de la constitution de la société, il se produirait naturellement le fait suivant : Le banquier, même en supposant que les fonds soient indisponibles et qu'il en soit responsable, remettrait sans crainte ces fonds aux fonda-

teurs. Responsable, il serait un excellent juge de l'utilité, de la possibilité et de la sécurité de l'opération projetée, il surveillerait l'achat et son propre intérêt serait pour lui un guide assez puissant pour qu'il ne laissât pas l'argent servir à des opérations hasardeuses. Ce qui peut se passer en fait pourrait se passer en droit et la loi devrait permettre l'usage des versements pendant la période constitutive sous ces conditions.

Lors de la première assemblée générale le banquier et les fondateurs feraient approuver leurs actes et constater qu'ils n'ont pas diminué le capital social. La société prendrait l'opération à sa charge et désormais il ne serait plus possible d'appliquer aux fondateurs les articles 13 et 42 de la loi de 1867, la société ayant commencé ses opérations avec le capital voulu.

Mais pour écarter tout le danger de telles opérations, il faudrait que le dépositaire des fonds fût une personne jouissant d'une complète indépendance vis-à-vis des fondateurs. Il faudrait en outre réclamer de lui une faculté d'appréciation qu'il serait impossible de trouver dans la caisse des dépôts et consignations ou dans toutes les autres caisses publiques ; en effet, comme nous allons le voir on a proposé de forcer les fondateurs à déposer les fonds à la caisse des dépôts et consignations.

§ 3. — *Des obligations des fondateurs envers les souscripteurs.*

A. *De l'obligation de confier le capital versé à un dépositaire, pendant la période constitutive. De l'exigence du versement en espèces.* — 1^o Pour voir comment on en est arrivé à proposer le dépôt des fonds versés dans une caisse publique il faut examiner l'état actuel de la loi française.

D'après le droit actuel, le dépositaire des fonds peut être un fondateur (1). Il peut y avoir parmi les fondateurs des financiers qui se chargent de recevoir le numéraire à la condition que la société les dédommagera de ce service par des avantages particuliers.

La mission d'encaisser les sommes versées peut aussi avoir été confiée à un établissement de crédit, à un banquier, à un tiers qui aura droit à une commission (2).

Quelle est la moins dangereuse des deux combi-

1. Lyon-Caen et Renault (*Traité des Sociétés commerciales*, n^o 701).

2. « En l'absence de toute stipulation contraire, le banquier chargé d'une opération d'échange des titres d'une société ou de réception de versements n'est pas fondé à exercer un droit de rétention sur les titres et pièces à lui remis pour avoir paiement de la commission qui lui est due » (*Journal des Sociétés*, de 1894, p. 311).

naisons ? Il est beaucoup plus difficile de découvrir si les versements sont fictifs quand ils sont faits chez un fondateur que quand ils sont faits chez un étranger. Il serait même désirable que le dépositaire des fonds ne fût pas non plus un souscripteur. Il peut arriver qu'un souscripteur croie voir son intérêt dans le fonctionnement immédiat de l'entreprise. Pour peu que les fondateurs l'y poussent il n'hésitera pas à présenter comme réuni en entier un capital qui est incomplet.

De plus il remettra beaucoup plus facilement aux fondateurs le capital versé, même pour des dépenses hasardeuses. Toute dépense faite avec l'argent versé est d'ailleurs périlleuse : que les fondateurs s'en servent à faire des opérations sociales, qu'ils achètent des usines ou des machines, qu'ils fassent des travaux utiles à l'entreprise, ils exposent les intérêts des souscripteurs à un double danger.

1° Si la société avorte, l'argent des souscripteurs est difficile à retrouver, il a été transformé en immeubles qui ont diminué de valeur et qui seront le gage non seulement des souscripteurs mais des autres créanciers des fondateurs.

2° Si la société se constitue et que l'argent employé dans des dépenses utiles, ne se retrouve pas dans le capital social au moment exact de la constitution, la société est nulle, et cette nullité ne peut

secourir que si le vice qui l'a causée disparaît (Loi de 1893, art. 3), c'est-à-dire si l'on réunit de nouveau les assemblées constitutives et si l'on représente le capital en entier.

Mais est-ce que le dépositaire de l'argent versé est fondé à refuser de le remettre aux fondateurs avant la constitution de la société?

La loi ne dit pas expressément que les versements sont indisponibles entre les mains du dépositaire fondateur ou étranger et que ce dépositaire, pendant la période constitutive, doit les refuser aux fondateurs s'ils les réclament. Cependant les circonstances dans lesquelles la loi est intervenue font bien supposer que cette indisponibilité, si elle n'est pas dans sa lettre, est tout au moins dans son esprit.

Pourquoi la loi a-t-elle prescrit un versement légal sur chaque action? C'est, nous dit la doctrine, pour écarter les coureurs de primes (1), gens qui avant 1856 et 1867 s'introduisaient dans les sociétés par actions sans bourse délier, puisqu'ils n'avaient qu'à souscrire. Ils revendaient ensuite leurs actions sans avoir rien déboursé et avaient ainsi le bénéfice possible produit par la hausse de ces actions. Il y avait un nombre trop considérable de ces spéculateurs au début des sociétés, c'est ce que la loi a voulu empêcher en exigeant un versement légal.

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité des Sociétés*, n° 695 et 696.

En ajoutant à l'exigence du versement légal la règle que les opérations sociales ne pourraient pas commencer avant la dernière assemblée générale, la loi défendait donc aux fondateurs de se servir de ce versement légal pour des achats ou autres marchés utiles à la société future.

Donc nous voyons qu'en réalité la loi veut que le versement légal ne soit pas autre chose qu'une simple consignation et c'est peut-être pour cela que la pratique considère généralement les fonds déposés comme indisponibles et que le banquier refuse de remettre les fonds aux fondateurs avant qu'il ait la preuve de l'entière constitution de la société.

Il vaudrait certainement mieux que la loi exprimât clairement son intention parce qu'une disposition formelle vaut beaucoup mieux qu'une disposition sous-entendue.

Il serait également nécessaire de compléter la loi à un autre point de vue : elle ne dit ni par qui le dépôt doit être fait, ni à qui les fonds doivent être remis si la société ne se constitue pas.

Si le dépôt est fait par les fondateurs, comme la société n'a aucune existence légale en France avant sa constitution, il sera impossible en théorie de remettre les fonds chez le dépositaire au nom de la dite société. Le fondateur les dépose donc en son propre nom, c'est lui seul qui aura le droit de les re-

tirer. Si la société ne se constitue pas, les souscripteurs ne pourront pas retirer leurs fonds sans l'intervention des fondateurs.

2° Comment pourrait-on *réformer la loi française* ? Si l'on voulait faire du capital déposé un capital indisponible ou du moins un capital qu'il serait impossible aux fondateurs de dépenser sans contrôle sérieux (1) et à leur gré, il faudrait d'abord ordonner que le dépositaire des versements fût un banquier ou un établissement de crédit étranger à la société, peut-être même faudrait-il exiger qu'il ne fût ni fondateur ni souscripteur.

Ne peut-on pas dire, que les établissements de crédit qui remplissent au plus haut degré les conditions d'indépendance voulue, sont les établissements de crédit public ?

En Italie, l'article 133 du nouveau Code de commerce veut que les sommes versées par les souscripteurs soient versées à la caisse de prêts et consignations ou dans un établissement d'émission légalement constitué (1). Ce système a été réclamé avec énergie par les Chambres de commerce françaises lors du projet de loi de 1884 (2).

1. Loi italienne de 1882 (*Ann. lég. étr.* 1883 ; E. Turrel : *Du nouveau code de commerce italien*).

2. A Jacquand (*Examen critique du projet de réforme des sociétés par actions*).

Il a l'avantage d'éviter les constitutions de sociétés avec des capitaux fictifs, le reçu de la caisse publique indique bien, lors de la formation définitive de la société qu'elle se constitue avec un capital réel et intégral.

De plus il assure la complète indisponibilité des fonds déposés. Les souscripteurs sont sûrs qu'ils ne seront pas gaspillés par le fondateur.

Contre ce procédé, le rapporteur du projet de loi de 1884 (1) a fait remarquer que si l'on déposait les fonds dans une caisse publique, l'indisponibilité deviendrait gênante dans un cas pour le motif suivant :

Si la société se constitue, évidemment la caisse rendra les fonds sur la vue d'un document prouvant la constitution de la société, mais si elle ne se constitue pas, sur la vue de quelle pièce et à qui la caisse devra-t-elle remettre les fonds versés ?

On semblait, en 1884, croire que cette difficulté était spéciale à la caisse des dépôts et consignations. Elle pouvait tout aussi bien se rencontrer pour des établissements de crédit privés.

Que les fonds aient été déposés dans une caisse publique ou dans un établissement privé, cet embarras doit disparaître si l'on décide :

1° Que les fonds seraient déposés par les souscrip-

1. Exposé des motifs du projet de loi de 1883. *des Sociétés*. 1884 ; p. 190 et s.

teurs eux-mêmes, à leur nom, avec la mention qu'ils doivent être affectés à telle société future, ou bien par les fondateurs au nom des souscripteurs qui les leur ont remis, toujours avec la mention : dans le but de servir à telle société future ;

2° Qu'en cas de non-constitution de la société, les souscripteurs retireraient leurs fonds de l'établissement de crédit, en présentant soit des lettres des fondateurs annonçant que la société ne peut se fonder, soit une expédition du jugement qui a condamné les fondateurs à rendre les fonds parce qu'ils tardaient trop à constituer la société.

Voilà le moyen de faire disparaître la difficulté si redoutée par l'exposé des motifs du projet de 1884. Que l'on ordonne le dépôt dans une caisse privée, c'est un remède nécessaire.

Mais si, jusque-là, les caisses publiques semblent remplir aussi parfaitement que les établissements particuliers les conditions indispensables pour le dépôt des versements, il y a trois raisons qui semblent devoir nous empêcher d'adopter le système italien et nous faire préférer le dépôt dans une caisse privée :

1° Toute intrusion administrative, même celle des établissements publics de crédit est très mal vue en France dans le monde des sociétés ;

2° Nous avons vu que, s'il devait y avoir indispo-

nibilité des versements, cette indisponibilité ne devait pas être absolue ; il serait avantageux de pouvoir, à l'occasion, les consacrer à des achats dans l'intérêt de la société future, pourvu que le capital en argent employé fût remplacé par des valeurs égales ou supérieures. Nous avons dit que le banquier était naturellement placé pour surveiller ces dépenses sous sa responsabilité. Ce rôle rentrerait difficilement dans les attributions des établissements publics (1) ;

3° Enfin, on ne pourrait pas effectuer son versement dans une caisse publique autrement que sous la forme gênante du versement en espèces.

De l'exigence du versement en espèces. — De quelle façon le versement légal doit-il être effectué ? Le versement légal doit être fait de façon à ce qu'il y ait véritablement mise à la disposition de la société future d'une valeur égale à la quotité exigée pour le versement. Il faut que cette valeur puisse aisément circuler, mais on doit pouvoir également vérifier si elle a été réellement versée, c'est l'application de l'idée de précaution et de surveillance qui concerne toute la période constitutive. Voilà le procédé le plus rationnel.

Pour éviter toute fraude, le projet de 1884 était

1. Voir même chapitre, section 2, § 2, D.

tombé dans l'exagération en exigeant un versement en espèces, la même exigence se rencontre dans l'article 1^{er}, al. 2 de la loi de 1893. On doit reprocher à ces deux textes de se montrer trop étroits, trop sévères, il y a d'autres moyens commodes, sûrs et aisés à vérifier de faire des versements effectifs (1).

Pourquoi ne pas tolérer le versement à l'aide d'effets de commerce à terme ou à vue quand ces effets sont payés avant la constitution de la société ? Pourquoi ne pas permettre au capitaliste créancier du banquier chargé de l'émission, de réaliser son versement par compensation, par un virement de compte ? (2) Si l'on pouvait accomplir aussi les versements, ils seraient faits avec bien plus de facilité et sans danger pour la société.

Même sous le régime de la loi de 1893, on se trouve obligé de ne pas prendre toujours le mot versement en espèces au sens étroit du mot : « Les juges du fond, dit la jurisprudence, refusent à bon droit de prononcer la nullité d'une société pour défaut de versement du premier quart dû par les souscrip-

1. La loi allemande renferme une disposition analogue à celle de la loi française de 1893. Elle dit : « N'est considéré comme versement en espèces que le versement en monnaie allemande, en bons de caisse de l'Empire ou en billets de banques allemandes légalement autorisées (art. 210, loi du 28 juin 1884, *Ann. lég. étr.*, 1884, p. 113). —

2. Lyon-Caen et Renault (*Traité des sociétés*, nos 698 et 699).

teurs, alors que leur arrêt constate que ce versement a été réellement effectué par des banquiers au nom de chacun des souscripteurs et que ceux-ci étaient bien créanciers de ces banquiers pour les sommes versées en leur nom (1).

Il est plutôt gênant qu'utile d'exiger des versements en espèces, il faudrait se contenter de versements effectifs (2).

Le numéraire, fruit de ces versements et déposé dans un établissement de crédit, peut rester inactif, improductif, renfermé dans la caisse de l'établissement de crédit pour ne plus en sortir qu'à la constitution de la société. C'est le dépôt de l'article 1913 du Code civil.

Ou bien ce dépôt est fait avec autorisation pour le dépositaire de se servir à son gré des fonds déposés et de ne rendre que leur équivalent, et dans ce cas l'établissement de crédit dépositaire en servira un certain intérêt. Si les dépôts se faisaient à la caisse des dépôts et consignations, ils produiraient à partir du trente-et-unième jour un intérêt de 2 0/0 (3).

1. Cass., 19 mars 1894 (*Journal des sociétés*, p. 222, 1895).

2. Le versement du quart sur les actions souscrites indispensable à la constitution régulière de la société doit être *effectif*, il ne saurait y être suppléé par un jeu quelconque d'écritures ou par des opérations de compte sur les livres sociaux.

3. Décret du 1^{er} juin 1851 et ordonnance du 3 juillet 1816.

Qui bénéficiera des intérêts que peuvent produire les sommes versées ? Si la société en constitution était un être juridique comme en Angleterre, ce serait elle évidemment. Mais elle n'est rien avant sa constitution. Il a été dit que la loi française semblait voir dans le versement légal une simple consignation sur laquelle les fondateurs n'avaient aucun droit, les intérêts seront donc dus aux souscripteurs propriétaires encore de l'argent déposé.

B. De l'obligation pour les fondateurs de constituer la société. — Quand les fondateurs ont recueilli toutes les souscriptions et fait effectuer tous les versements légaux, leur mission est à peu près terminée et celle des assemblées générales va commencer.

Mais les souscriptions peuvent être pénibles, tellement pénibles que les fondateurs découragés doivent se résigner à abandonner l'entreprise. Il peut arriver même que, malgré le succès certain des souscripteurs, ils se décident de leur propre mouvement à ne pas poursuivre l'émission des actions parce que les circonstances sont telles que l'entreprise au début sûre de la réussite, semble maintenant courir vers une ruine certaine. Si tous les fondateurs sont d'accord pour en rester là, leur *mutuus dissensus* fait tomber la convention initiale

par laquelle ils s'étaient engagés à fonder la Société.

S'ils ne sont pas tous d'accord, ceux qui veulent continuer l'émission peuvent poursuivre les autres devant les tribunaux pour inexécution de leur contrat. « Les conditions imposées par un tel contrat constituent une obligation de faire, pouvant se résoudre en dommages-intérêts » (1).

Dans tous les cas, au contraire, les fondateurs peuvent renoncer à constituer la société sans avoir à craindre les réclamations des souscripteurs. « Ils sont simplement tenus de leur restituer leurs engagements de souscriptions et les sommes qu'ils ont pu verser sur les actions souscrites » (2).

En effet, le contrat entre les fondateurs et les souscripteurs, le contrat de souscription d'actions, qui oblige les souscripteurs à verser une certaine somme et les fondateurs à délivrer des actions, si la société se forme, n'oblige pas les fondateurs à constituer la société.

Vis-à-vis des souscripteurs les fondateurs ont donc le droit de ne pas constituer la société, même quand ils n'auraient pas d'autre raison pour s'y refuser que leur caprice. Mais ce droit, le conservent-

1. Jugement cité. Tribunal de Lyon. *Journal des Sociétés*, 1894, p. 31.

2. *Journal des Sociétés* (1895, p. 490 et suivantes).

ils jusqu'à la fin de la période constitutive, c'est-à-dire jusqu'à la dernière assemblée générale de formation ?

Il semble bien qu'il leur échappe aussitôt que le capital social est entièrement souscrit.

Dans le contrat synallagmatique de souscription d'actions, le souscripteur s'engageant à verser, le fondateur promettant des actions sous-entendent tous les deux : s'il existe un jour des actions et pour le jour où elles existeront.

Il n'y a, au jour de la souscription, qu'une partie des éléments nécessaires à la société, aux actions.

Mais le jour où le capital social est intégralement souscrit, il ne manque aucun de ces éléments : souscripteurs, apporteurs, fondateurs, capital en nature, capital en numéraire, tout est au complet.

Il ne reste plus justement qu'à faire constater par devant notaire le complet achèvement des souscriptions et des versements légaux, puis à convoquer l'assemblée générale des souscripteurs qui vérifieront à leur tour. Le droit existe réellement, seulement il n'est pas constaté.

S'il était permis d'user d'une comparaison, nous dirions que les fondateurs promettant des actions aux souscripteurs sont dans la même situation qu'un marchand d'antiquités qui promet à un client

de lui fournir les dix premières médailles romaines qu'il aura chez lui, s'il peut s'en procurer et si le client les trouve à son goût.

Que le fondateur vienne à réunir tous les éléments de la société, que le marchand d'antiquités vienne à découvrir les dix médailles, tous deux se trouvent obligés de fournir ce qu'ils ont promis. Ce n'est pas parce que les actionnaires ne savent pas l'entière souscription du capital social, ce n'est pas parce que le client ignore la découverte des dix médailles que leur droit n'existe pas. Que le fondateur vienne à faire connaître cette souscription intégrale par sa déclaration devant notaire, les souscripteurs pourront le poursuivre pour lui faire convoquer l'assemblée générale (1) comme le client du marchand d'antiquités, apercevant les médailles dans sa boutique, pourra, son contrat en main, le forcer à les lui montrer.

Il est vrai que la société n'est pas encore constituée, que les souscripteurs n'ont pas vérifié l'intégralité du capital social. Il est vrai également que le client ne sait pas encore si les médailles lui plairont assez pour qu'il en soit définitivement acquéreur.

1. A l'étranger, la convocation des assemblées générales est souvent dans d'autres mains que dans celles des fondateurs. V. la loi allemande et la loi belge (art. 31, loi belge de 1873 et 210, loi allemande de 1884).

Mais à partir du moment où les médailles ont été entre les mains du marchand, à partir du moment où tous les éléments nécessaires à la société ont été recueillis par les fondateurs, un lien de droit s'est formé. En pratique, comment les actionnaires apprendront-ils l'existence de ce lien de droit ? Nous venons de voir que c'est par la déclaration des souscriptions devant notaire.

Les fondateurs doivent donc des actions aux souscripteurs dès que le capital social est entièrement souscrit et ils ne pourraient être relevés de cette obligation que si l'assemblée générale des actionnaires constatait qu'ils présentent un capital fictif et que les actions qu'ils offrent n'existent encore.

Or il existe une hypothèse dans laquelle les fondateurs se trouvent dans l'impossibilité de délivrer toutes les actions qu'ils ont promises, et cela malgré l'entière souscription du capital social : le chiffre des souscriptions peut dépasser le montant du capital social.

C. De l'impossibilité pour les fondateurs de délivrer toutes les actions qu'ils ont promises par suite de la surabondance des souscriptions. — Les statuts ont, par exemple, fixé le capital en numéraire à un million divisé en dix mille actions de cent francs, et les bulletins de souscription sont au nombre de onze mille.

Il n'y aurait qu'un moyen de délivrer aux souscripteurs toutes les actions qu'ils demandent, ce serait de se servir des mille souscriptions qui sont en excédent pour augmenter le capital en numéraire, et fixer ce capital à onze cent mille francs divisés en onze mille actions de cent francs. Souvent les statuts prévoient et permettent cette augmentation. S'il n'en disent rien, ce procédé, comme la réduction du capital social, doit être approuvé par l'unanimité des souscripteurs et des fondateurs : une société qui devait apporter des bénéfices à dix mille actionnaires, en rapportera beaucoup moins à onze mille.

Si ce premier moyen ne peut pas être employé, les fondateurs seront obligés de refuser des actions, mais auxquels des souscripteurs devront-ils en refuser ?

Si les statuts n'indiquent pas sur quelle base ils devront opérer, ils auront le choix entre la réduction chronologique et la réduction proportionnelle.

Il est tout naturel de dire : Au lieu d'accepter toutes les souscriptions, les fondateurs devraient cesser de les accepter dès que le capital est atteint.

Si les souscriptions et par suite les acceptations de souscriptions étaient successives, à partir de la complète souscription du capital en numéraire elles n'auraient plus d'objet et seraient nulles, celles qui auraient précédé obligeraient seules les fondateurs.

En fait, les souscriptions sont simultanées ou du moins se produisent par groupes ; de plus les établissements de crédit qui les recueillent et les acceptent peuvent être nombreux : ils délivrent autant de promesses d'actions qu'il leur en est demandé. Pour toutes ces raisons les fondateurs arriveront difficilement à réduire les actions dans leur ordre chronologique.

Quant à la réduction proportionnelle, au sens strict du mot elle n'est pas possible : on pourra bien réduire le nombre des actions de celui qui en a vingt, dix... mais le souscripteur qui n'a qu'une action disparaîtrait de la société si on la lui enlevait. On se contente donc de réduire proportionnellement le nombre des actions de ceux qui en ont une certaine quantité.

Dans la pratique, les fondateurs font comme ils veulent et réduisent les actions qu'ils veulent. En France les souscripteurs réduits n'ont pas de moyen de contrôle. Il serait possible de leur en donner un et le plus simple est celui que l'article 17 de la loi suédoise de 1895 (1) indique en disant que les actions, en cas d'excédent des souscriptions seront réparties entre les souscripteurs et que le surplus des souscriptions sera annulé dans la réunion de l'assemblée constitutive.

1. Loi suédoise du 28 juin 1895 sur les sociétés par actions *Ann. lég. étr.*, 1895, p. 602 et 603.

Section III. — Conséquences pour les fondateurs de leurs fraudes et de leurs fautes pendant la période constitutive.

Les fautes que les fondateurs commettent pendant la période constitutive peuvent avoir des conséquences graves.

Supposons qu'une règle de constitution ait été violée, par exemple que les opérations sociales aient commencé la formation définitive de la société, ou que la société ait été constituée avant la réunion réelle de tout le capital social, ou bien que les fondateurs aient trompé les souscripteurs. La société par suite de ce vice initial peut être entraînée dans un désastre ou bien la nullité peut être demandée en raison de cette violation de la loi par les créanciers et par les actionnaires.

Les créanciers sont dans une situation préférable à celle des actionnaires, en cas de faillite non seulement ils se font payer par préférence aux actionnaires, mais ils peuvent encore forcer les actionnaires à opérer le reliquat de leurs souscriptions. Cependant les actionnaires ont été trompés par les fondateurs comme les créanciers.

Il y aurait là une réforme à faire, il y en a du

reste beaucoup dans cette matière des nullités, on a commencé en 1893 à rendre le système des nullités moins dur, d'après l'article 3 de la loi, l'action en nullité se couvre par une prescription de dix ans depuis la constitution de la société et elle disparaît lorsqu'avant la demande en nullité la cause de la nullité a cessé d'exister.

Néanmoins la perspective de la nullité, malgré les réformes, est encore trop fréquente. Les lois étrangères récentes se sont bien gardées d'adopter cette méthode (1), elles ont remplacé le procédé répressif de la loi de 1867 par une mesure préventive très bien comprise : l'expertise judiciaire.

Dans une société prospère quand la nullité éclate, ses conséquences ne sont pas très graves, mais quand la société est au-dessous de ses affaires la nullité ou la chute de la société portent atteinte d'une façon très préjudiciable aux intérêts des associés qui voient leurs versements servir de gage aux créanciers et aux tiers eux-mêmes qui ne peuvent trouver dans les éléments incomplets de la société que des sommes insuffisantes pour se payer.

Qui doit être responsable des lésions causées aux tiers et aux associés ? Ce sont les fondateurs coupables de l'oubli ou qui ont commis la fraude, points de départ de la nullité.

1. Voir lois belge et allemande (*Ann. lég. étr.* 1884 et 1873.)

Si c'est avec connaissance de cause qu'ils ont manqué aux prescriptions de la loi, il peut y avoir escroquerie. S'ils ont désobéi à la loi pour attirer injustement dans leurs biens personnels le numéraire des souscripteurs on appliquera l'article 405 du Code pénal.

Si c'est seulement dans le but de réunir des capitaux pour la société que les fautes ont été commises les fondateurs ne seront passibles des peines de l'escroquerie que s'ils ont simulé des versements ou souscriptions pour attirer de nouveaux souscripteurs ou s'ils ont indiqué inexactement les personnes faisant partie de la société pour capter la confiance du public (1).

Il ne résulterait pas de ce que l'oubli des fondateurs a été involontaire, qu'il ait pu se produire impunément. La loi voit dans cet oubli un délit contraventionnel et elle le punit d'amende (2). Il faut bien forcer les fondateurs à être attentifs et consciencieux puisque la loi a poussé la confiance en eux jusqu'à leur permettre de recevoir les capitaux du public sans le contrôle du gouvernement.

Cette responsabilité pénale si elle a pour effet de punir les fautes ne répare pas le préjudice causé.

Les actionnaires et les créanciers lésés ont une ac-

1. Art. 15 et 45 de la loi de 1867

2. Art. 16 de la loi de 1967.

tion civile. Depuis 1893, les créanciers comme les actionnaires (1) doivent prouver que la chute de la société résulte de la faute qu'ils imputent aux fondateurs, ils n'ont droit comme les actionnaires qu'à la réparation du préjudice qui leur a été effectivement causé (Art. 5 de la loi de 1893).

Cette action civile est la plupart du temps inutile : les fondateurs, surtout s'ils sont malhonnêtes, ont déjà pris soin de mettre en lieu sûr le profit qu'ils ont retiré de leurs opérations illicites, et pour éviter des poursuites, ils transigent souvent avec leurs créanciers pour des sommes dérisoires.

D'un autre côté les jugements de condamnation à des dommages et intérêts énormes exigent des frais d'enregistrement que les poursuivants sont dans l'impossibilité de payer.

Tous les fondateurs sont-ils également responsables des conséquences de la nullité de la société ? Dans la société anonyme l'article 42 de la loi de 1867 modifié en 1893 nous répond : la responsabilité frappe les fondateurs auxquels les vices de constitution de la société sont imputables, ceux qui devaient accomplir certains actes et qui ne les ont pas accomplis.

D'un côté il peut y avoir d'autres personnes que les fondateurs qui aient été les auteurs des fautes

1. Thaller (*Traité de dr. commercial*, n° 451 br.)

qui ont causé la nullité : le banquier émetteur par exemple. Est-il fondateur ? Non, s'il ne remplit pas certaines conditions. Il serait très simple et très avantageux de lui appliquer la responsabilité des fondateurs. Des arrêts le considèrent comme fondateur.

D'un autre côté, la responsabilité ne frappera pas les fondateurs auxquels la nullité n'est pas imputable. Dans cette catégorie rentrent les fondateurs apporteurs en nature qui restent à l'écart pendant la période de formation. Qu'avaient-ils promis ? De mettre un bien quelconque à la disposition de la société future, d'inspirer par ce fait la confiance au public en échange de parts de fondateurs. Ils ont tenu rigoureusement leur promesse si l'apport a été effectué et vérifié. Ils ont fait dans la société civile entre fondateurs l'apport en crédit qu'ils devaient faire. Tandis qu'au contraire, les fondateurs actifs ont manqué à leurs engagements en omettant les formalités dont l'absence a amené la dissolution de la société, ils n'ont pas réalisé l'apport en industrie qu'ils avaient promis aux autres fondateurs. Ils doivent donc seuls être responsables. Les fondateurs apporteurs le seront seulement s'ils n'ont pas fait vérifier leurs apports (1).

De quelle façon les actionnaires exerceront-ils

1. Art. 5 et 42 de la loi de 1867.

leur action contre les fondateurs. La jurisprudence dit que l'action des actionnaires contre les fondateurs est une action sociale.

Si l'étude de cette action sociale ne s'écarterait pas trop de l'examen de la période constitutive, il serait très intéressant d'analyser les caractères de cette action.

Disons en quelques mots que l'action sociale n'est pas une action intentée par la société. La société a été déclarée nulle, elle n'existe plus, elle ne peut introduire une action en son nom. L'action est individuelle (1).

En disant que les actionnaires dirigent contre les fondateurs une action sociale, on les considère comme formant un groupe, on les envisage comme une sorte de corps ; de même qu'il a existé entre les fondateurs une société pour aboutir à la constitution de la société, de même pendant la période constitutive on dit quelquefois qu'il y a une société de souscripteurs, cette société se perpétuerait pendant la durée de fait de la société par actions, et après la prononciation de la nullité, ils se retrouvent en société comme avant la constitution. Rien donc ne les empêche de se réunir et de se choisir des mandataires entre les mains desquels chacun remettra le soin d'intenter son action individuelle : c'est une

1. Thaller (*Traité de droit commercial*, n° 454).

sorte de syndicat qu'ils forment dans le but de simplifier leur poursuite.

Mais par suite de l'exercice en justice de cette action collective, leur action individuelle disparaîtra, les fonds qu'aura procurés la poursuite seront remis à chacun des actionnaires individuellement ; bien que l'action intentée reçoive le nom d'action sociale, on ne considère pour ses résultats que les individus, la société ne se distingue plus des actionnaires, elle n'est plus être juridique, elle n'existe plus, elle est dans une condition semblable à celle dans laquelle elle se trouvait pendant sa période constitutive.

TROISIÈME PARTIE

DE L'ÉTAT DE LA SOCIÉTÉ PENDANT SA PÉRIODE CONSTITUTIVE

CHAPITRE PREMIER

DE LA SOCIÉTÉ EN CONSTITUTION PERSONNE MORALE

Nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'en France la loi ne considérerait la société comme existante que lorsqu'elle était définitivement constituée.

Cependant le langage courant de la jurisprudence et de la doctrine s'exprime comme si elle vivait réellement; on dit souvent : la société en constitution, les registres de la société, bien que cette société ne soit pas encore née. Les fondateurs eux-mêmes semblent la considérer comme un être spécial; en tête des documents de la société en constitution, on lit presque toujours : Société constituée par acte déposé chez M^e X. ., notaire.

Ce langage semble bien indiquer un état nouveau.

et particulier, il paraît montrer qu'en entrant dans la période constitutive on cesse par certains côtés d'être dans le droit commun, mais si on échappe aux règles ordinaires, c'est par l'effet de certains contrats et non parce que la société est déjà devenue un être juridique distinct.

§ 1^{er}. — *Des Sociétés en constitution d'après la loi anglaise.*

Pas plus qu'en France, dans la généralité des lois étrangères (1) la société en constitution n'est personne morale. En Angleterre seulement on en fait un « corps séparé », un être juridique distinct.

La société limited anglaise est constituée par sept personnes ou plus. Avant tout, ces sept personnes s'engagent entre elles en rédigeant un memorandum d'association, elles prennent chacune une action au moins, signent le memorandum, font légaliser la signature, puis transmettent ce document au receveur d'enregistrement des sociétés (registrar) (2).

1. En Allemagne, l'article 178 de la loi du 28 juin 1884 dit : « La société n'a pas d'existence légale avant que le contrat de société n'ait été inscrit sur le registre du commerce ». (*Ann. lég. étr.* 1884, p. 106).

2. John Rand Bailey (*Manuel pratique de procédure anglaise et recueil de lois à l'usage des Français et des Belges*). Rod. Rousseau (*Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, T. II, p. 321 et suiv.).

Le registrar doit examiner si le memorandum d'association est conforme à la loi. Le memorandum a un certain caractère définitif vis-à-vis du registrar, et ses termes ne doivent pas laisser aux associés le droit d'étendre les attributions de la société qui y sont clairement indiquées.

Il fixe : le capital social, la valeur de chaque action, déclare que la société est limited ; ce n'est pas encore l'acte des statuts, mais il contient ce qui, dans les statuts, constate l'obligation des fondateurs (1), du reste, le dépôt du memorandum est accompagné généralement du dépôt des statuts qui sont alors enregistrés en même temps, et, dans ce cas, ils régissent dès à présent et par anticipation la société en constitution. S'ils n'étaient pas enregistrés, la société serait soumise à un règlement administratif contenu dans la table 4 de l'Act de 1862 (2) et le

1. Voir au sujet de l'obligation des fondateurs et de leur convention initiale, 1^{re} partie, chapitre III, section 3, § 1.

2. En Angleterre, il y a deux sortes de sociétés : les *partnerships* ou sociétés non enregistrées, qui correspondent à nos sociétés en nom collectif et qui ont été soumises jusqu'en 1890 aux anciennes règles coutumières, et les *companies* ou *corporations*, sociétés dont les statuts ont été enregistrés. Les *partnerships* ne sont pas des personnes morales. Les *companies* se divisent en *companies limited by guaranties* et *companies limited by shares*. Dans les sociétés limited par garanties, les associés sont tenus des dettes sociales jusqu'à une

seul moyen pour les associés d'échapper à ce règlement provisoire serait précisément de faire enregistrer les statuts qui en contiennent un autre.

Après avoir examiné le memorandum et les statuts, le registrar, s'il les trouve conformes à la loi, « délivre un certificat d'incorporation qui témoigne de l'existence de la compagnie » (1). On fait ensuite enregistrer le lieu du siège social (2).

Tel est le système anglais. Il est bon de remarquer que l'examen du registrar ne rappelle en rien l'autorisation gouvernementale exigée en France avant 1867. Le registrar voit seulement si, dans le memorandum et les statuts, la loi n'est pas violée, il ne s'occupe pas des chances de succès de l'entreprise. Même si elle lui paraît être dans l'impossibilité de réussir, du moment que la loi a été observée, il n'a qu'à délivrer son certificat.

Ce n'est donc pas la crainte de retourner au système de l'autorisation qui pourrait faire repousser

certaine somme fixée à l'avance. Ce sont les companies limited by shares (par actions) qui ressemblent le plus à nos sociétés anonymes. Les sociétés par actions simples ne sont pas connues en Angleterre. V Lyon-Caen et Renault (*Traité des sociétés commerciales*, n° 674 *ter*)

1. A partir de ce moment, la société forme un être moral, une corporation (body corporate) ayant une raison sociale, un sceau commun et pouvant posséder des terres (Rod. Rousseau, *op. cit.*, T. II, p. 322).

2. John Rand Bailey *Traité de procédure*, *op. cit.*

en France cette manière de voir. Les seuls juges des dangers de la société future seraient toujours les associés,

Le résultat de la loi anglaise est de faire de la société limited, bien avant qu'elle ne soit munie de tous ses éléments, un être juridique pouvant passer toute espèce de contrats.

§ 2. — *Des raisons qui s'opposent à ce que l'on adopte en France le système anglais.*

Peut-il y avoir un intérêt quelconque en France à considérer la société en préparation comme déjà existante, comme étant une personne morale et à imiter le régime des sociétés anglaises ?

Actuellement en France, les articles 5 et 25 de la loi de 1867 s'opposent à ce que la société puisse fonctionner avant sa constitution définitive. Elle n'est rien avant la dernière assemblée de vérification d'apports. Peut-on modifier la loi dans le sens de la personnalité. De nombreux obstacles s'y opposent.

En premier lieu, dans la doctrine, il se produit un courant opposé à la personnalité morale. La personnalité morale est une fiction, c'est-à-dire quelque chose d'artificiel et de contraire à l'absolue réalité des choses. On fait généralement intervenir les fictions pour faciliter le jeu d'une institution juridi-

que : il y a une fiction dans la règle qui considère comme né l'enfant conçu, bien que son existence soit problématique. C'est une autre fiction que la personnalité juridique des sociétés, en réalité la société n'est quelqu'un qu'en vertu d'une combinaison voulue d'une convention admise. C'est par une autre fiction également que l'on admet une sorte d'exterritorialité pour les palais d'ambassade.

On ne se sert des fictions que dans un but de simplification ou d'utilité, mais il ne faut pas multiplier dans le droit des suppositions qui feraient perdre de vue la notion exacte des faits.

Et par exemple, est-il bien utile de dire par fiction que la société déjà constituée est une personne morale ?

A l'origine, peut-être que la matière ardue des sociétés avait besoin de simplification. Mais aujourd'hui que l'on a étudié en détail tous les points du contrat de société, on croit pouvoir expliquer autrement la responsabilité limitée de certains associés, l'apparente distinction entre le patrimoine des associés et le fonds social, en un mot tout ce qui semble résulter de la fiction de personnalité des sociétés. On reprend ou on complète suivant les besoins et les idées du droit moderne, l'ancienne idée du droit romain qui ne faisait pas de la société un être

juridique distinct (1). Cette opinion a été défendue par M. Mongin dans un article de la *Revue critique* par M. Geouffre de Lapradelle dans son étude sur les fondations (2).

Constatons que s'il y a dans la doctrine un courant à la personnalité morale des sociétés, dans la pratique au contraire on tend à se montrer de plus en plus favorable à cette fiction.

La loi du 1^{er} août 1893 a en effet revêtu de la personnalité civile une catégorie de sociétés qui en étaient privées auparavant. Seules avant 1893 les sociétés de commerce possédaient légalement la personnalité. La loi de 1893 dit : Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. Donc elles constitueront des êtres juridiques (3).

Avant la loi, la jurisprudence s'était engagée dans cette voie, poussée par les besoins de la pra-

1. Thaller (*Traité de dr. commercial*, n° 221). Cependant on a prétendu qu'en droit romain, les sociétés étaient des personnes distinctes des associés, *Dig. Loi du 22 De fidejuss* (L. XLVI, t. I) et loi 3 § 4. De bon. poss. (L. XXXVII. t. I).

2. Mongin (*Revue critique* de 1890, p. 697) ; Geouffre de Lapradelle (*Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, p. 407 à 442).

3. Loi du 1^{er} août 1893, art. 6.

tique, elle décidait dans un arrêt de 1891 (1) que les sociétés civiles elles-mêmes avaient la personnalité morale.

Et non seulement les sociétés en cours sont des personnes morales, mais durant leur liquidation, pour les nécessités de cette liquidation, leur existence est censée se prolonger de la même façon que si elles vivaient encore, malgré leur dissolution elles continuent à être des personnes civiles. Pourquoi ne le seraient-elles pas avant leur constitution?

C'est que, et l'arrêt de 1891 qui fait des sociétés civiles des êtres juridiques semble l'oublier, la personnalité civile produit presque tous ses effets dans les relations entre les associés et les tiers. Un de ses principaux résultats est d'établir une distinction entre les biens des associés et ceux de la société, et d'empêcher les créanciers personnels des associés d'exercer des poursuites sur les biens que leurs débiteurs ont transmis à la société.

Il est donc nécessaire que les tiers soient prévenus de l'existence de la société. Pour que, vis-à-vis d'eux, la société soit un être juridique, il faut qu'elle ait été publiée. Le créancier personnel de l'associé nie l'existence de la société non publiée pour pou-

1. Cass., req. 23 février 1891. D. P. 1891. 4, 337 : civ.
2 mars 1892. D. P. 1893, 4, 169.

voir poursuivre son débiteur même sur les biens sociaux (1).

Voilà pourquoi plusieurs articles de la loi de 1867 organisent la publication des sociétés (2).

Pour que la société en constitution eût vis-à-vis des tiers la qualité de personne morale, il faudrait qu'elle fût publiée ; or on ne peut publier les sociétés avant qu'elles soient constituées.

En suivant l'exemple de la loi anglaise, on pourrait bien arriver à cette publication, on a demandé, et avec raison, qu'avant de commencer toute opération constitutive de la société on rédigeât les statuts, l'acte de société. Quelle difficulté y aurait-il pour les fondateurs à publier ces statuts, à porter ainsi leur résolution à la connaissance des tiers, et à les forcer à tenir compte de l'existence de la société ?

Si les deux premières objections contre la personnalité des sociétés en formation disparaissaient, il en resterait encore une troisième beaucoup plus sérieuse, et qui paraît à peu près insurmontable.

Faire de la société une personne morale dès le début de la période constitutive, c'est-à-dire avant que la surveillance des souscripteurs soit organisée, n'est-ce pas mettre leurs intérêts à la discrétion des fondateurs qui sont naturellement chargés de la di-

1. La réciprocité n'est pas vraie, et l'associé ne peut pas opposer aux tiers la non-publication de la société.

2. Art. 55 et suiv.

rection du gouvernement de cette société personne morale ? On abandonne ici d'un seul coup les précautions qui doivent être multipliées pour assurer la sécurité des actionnaires contre les fondateurs.

Si la société ne se forme pas ; et si les fonds déposés par les souscripteurs ayant été mis à la disposition de l'être juridique dirigé par les fondateurs, les fondateurs ont gaspillé ces fonds, où les souscripteurs iront-ils les chercher ? C'est le défaut du système anglais. Le rapporteur du projet qui a abouti à la loi allemande de 1884 le faisait remarquer. La loi anglaise ordonne bien que la société qui n'a pas réuni tout son capital social, tienne périodiquement ses membres au courant des accroissements successifs du capital recueilli, si la réalisation de ce capital est impossible elle permet bien à ceux qui ont versé de demander la liquidation, mais « cette liquidation ne revient pas du tout à leur restituer le montant de leurs versements » (1). La société est pour ainsi dire constituée sous condition résolutoire, mais il serait difficile de replacer les choses dans l'état où elles étaient lors de la confection des statuts, et de retrouver le numéraire gaspillé.

L'unique remède semblerait être d'organiser une surveillance sur les actes des fondateurs. Qui char-

1. Thaller, *De la réforme des sociétés par actions*, p. 49.

gerait-on de cette surveillance ? Les actionnaires au début n'existent pas encore et ne peuvent pas nommer de conseil de surveillance : si on confie le contrôle des actes des fondateurs à une autorité judiciaire ou administrative on produira, sur le libre jeu de la société, une influence gênante, se rapprochant de l'ancienne autorisation si redoutée en France.

Pourrait-on, comme dans l'Etat de New-York (1), adopter un procédé tenant à la fois de l'idée anglaise, de la nôtre et qui consiste à ne permettre les opérations sociales que quand le capital est à moitié souscrit ? Les actionnaires de cette première moitié du capital peuvent exercer leur surveillance. Mais il peut s'écouler un long temps entre le jour de la rédaction des statuts et la réunion de la moitié du capital. Et ce peut être pendant ce temps-là que la société aura besoin d'être une personne juridique et de contracter en son propre nom.

Car si le système de la personnalité morale des sociétés en constitution a des inconvénients considérables, il a du moins cet avantage de simplifier et de faciliter les relations et les contrats de la société. En permettant aux fondateurs de puiser dans les versements des actionnaires, il n'a pas toujours des conséquences désastreuses, au contraire : il

1. Rod. Rousseau. *Op. cit.*, II, p. 115 et suiv.

arrive souvent que le manque de numéraire empêche les fondateurs de passer des marchés très avantageux pour la société future. C'est surtout pour l'exploitation des apports en nature pendant la période constitutive que cette existence immédiate de la société serait utile.

Puisque, d'après les articles 5 et 25 de la loi de 1867, la société française ne semble pas être une personne morale, voyons ce que l'on désigne par le mot société en constitution, société dans sa période constitutive.

CHAPITRE II

DE LA SOCIÉTÉ EN CONSTITUTION EN DROIT FRANÇAIS.

Le mot société en constitution ne correspond pas à un objet ou à un être réel. Dire que la société est dans sa période constitutive, c'est dire que la société n'existe pas encore.

L'expression société en constitution a cependant une raison d'être, si elle indique qu'il n'est pas seulement question de la société, qu'elle n'est pas seulement en projet, mais qu'on a déjà fait quelque chose en droit pour en préparer la naissance.

Des développements précédents il résulte, en effet :

1° Que, s'il y a plusieurs fondateurs, ils contractent entre eux un engagement de même objet et qu'ils peuvent, par ce contrat, former, dans le but de constituer la société future, une société civile qui ne doit pas être confondue avec elle ;

2° Qu'ils reçoivent de tous les autres ou de plusieurs des autres apporteurs une seconde pro-

messe de fournir un bien quelconque à la société future ;

3° Que, soit avant, soit après ces deux premiers contrats, il intervient une convention entre les fondateurs et les personnes qui souscrivent, les uns promettant de délivrer des actions si la société se forme, les autres promettant des fonds à cette société.

Ces trois contrats produisent entre les futurs associés un état de créanciers et d'obligés spécial et c'est cet état dont on parle quand on envisage la condition d'une société en constitution en droit français.

Mais ils n'ont pas pour effet de donner à la société une existence même potentielle pendant sa période préparatoire. Elle ne prend vie que lors de sa constitution et *in futurum*.

En fait les choses ne se passent pas toujours rigoureusement ainsi, nous avons vu que les fondateurs qui, pendant la période constitutive avaient fait des actes utiles à la société future, obtenaient de la société une fois constituée, qu'elle prit ces actes à sa charge.

L'opération se fait en faisant remonter les comptes de la société jusqu'au premier contrat que les fondateurs mettent à sa charge, et les bilans renferment des opérations qui ont lieu pendant la période constitutive.

On ne fait pas autre chose ainsi que de donner à la société une existence anticipée. Est-ce bien légal ? La loi dit que les opérations sociales ne doivent pas commencer avant la nomination des premiers fonctionnaires sociaux.

Si ce n'est pas légal, nous avons vu que c'était très avantageux. Il n'y a pas dans cette personnalité morale donnée à la société en constitution un danger analogue à celui qui ressort de l'organisation de la société anglaise, personne juridique capable dès le début de sa constitution.

Aussi, on devrait permettre expressément ce procédé dans la loi. Tandis que les Anglais cherchent à corriger leur système en diminuant les prérogatives de leur société limited non encore constituée, nous donnerions à la nôtre une certaine existence, mais dans son intérêt seulement : elle ne pourrait profiter qu'à des contrats qui lui seraient avantageux.

Comme la période de conception qui précède la naissance de l'être humain, la période de conception de la société serait déjà une période d'existence potentielle : on pourrait lui appliquer, comme à l'enfant conçu, la formule bien connue : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis agitur*.

Qui serait juge de l'intérêt de la société dans les actes faits par les fondateurs ? Elle-même ou plutôt l'assemblée de ses actionnaires qui la constitue.

Quoi qu'il en soit, cette personnalité morale anticipée ne saurait avoir aucun effet vis-à-vis des tiers, les tiers ne connaissent la société que quand elle est constituée, et à la condition que les conditions de publicité aient été remplies.

Pour les tiers, tant que la société n'a pas été publiée suivant les prescriptions de la loi de 1867, elle est encore dans sa période constitutive. Mais, en réalité, la période constitutive, qui ne doit être envisagée ici que par rapport aux associés, finit à la dernière assemblée de vérification d'apport, et nous n'avons pas à nous occuper des formalités de publicité.

CONCLUSION

L'examen de la période préparatoire des sociétés par actions nous a amené à faire les trois constatations suivantes :

1° La période constitutive est le résultat de dispositions de loi ayant pour but d'assurer la protection et la sécurité des actionnaires. Dès le moment où les premiers intérêts sont engagés dans l'intention de fonder la société, c'est-à-dire dès le premier lien de droit entre futurs associés jusqu'à la dernière assemblée de vérification d'apports, on ne doit jamais perdre de vue cette idée de surveillance.

2° Dans la phase de formation des sociétés, on rencontre trois sortes de conventions : il y a une convention entre fondateurs, des conventions entre les fondateurs et les apporteurs, et des conventions entre les fondateurs et les souscripteurs.

3° La société n'est pas un être juridique avant sa constitution.

Pour résumer les conséquences de ces trois faits, plaçons-nous au point de vue des réformes qui se-

raient nécessaires, et indiquons brièvement ce que la loi semble devoir être appelée à compléter.

1° Relativement aux sociétés qui se forment sans appel au crédit public ou sociétés entre fondateurs, nous avons cherché à montrer qu'en même temps que la période constitutive disparaissait, la sécurité des actionnaires disparaissait aussi. Pour éviter ce danger, il faudrait que la loi organisât sur les constitutions de sociétés sans appel au crédit public une surveillance confiée, par exemple, à l'autorité judiciaire.

2° Dans les rapports entre fondateurs également, nous avons envisagé les bénéfices stipulés par le contrat de société civile qui les unit. Ces bénéfices sont représentés par des parts de fondateur. Ces parts de fondateur sont-elles cessibles, négociables pendant la période constitutive ? Il y a sur ce point une indécision que la loi devrait faire disparaître ;

3° La loi devrait définir le terme fondateur, dire, par exemple, que les fondateurs sont les personnes qui ont signé les statuts. Il y a une certaine responsabilité spéciale frappant ceux qui ont la qualité de fondateurs ;

4° Au point de vue de l'exploitation anticipée des apports en nature, il y a une question très grave. Comment les fondateurs se feront-ils rémunérer de cette exploitation utile à la société ? Il semble que

la loi devrait permettre d'une façon claire à la société de prendre à sa charge des opérations faites par les fondateurs en leur propre nom pendant sa période constitutive et de faire rentrer ces opérations dans son premier bilan ;

5° Les apports sont approuvés ou désapprouvés dans des assemblées générales. La loi ne devrait pas réduire le rôle de ces assemblées à l'approbation ou à la désapprobation des apports et à la nomination des premiers fonctionnaires sociaux. Clôture de la période constitutive, l'assemblée de vérification d'apports devrait mettre fin à toutes les situations mal définies qui ont pris naissance pendant cette période : par exemple modifier les statuts, mettre certains actes des fondateurs à la charge de la société. Une disposition de loi devrait étendre la mission des assemblées constitutives, en exigeant le vote conforme de l'unanimité des actionnaires présents, sur les questions les plus importantes

6° Les rapports entre fondateurs et souscripteurs devraient aussi être mieux réglés. Les fondateurs devraient dans tous les cas être obligés en premier lieu de rédiger des statuts qui pourraient constater leur accord dans le but de fonder la société, mais qui surtout fixeraient immédiatement les règles de la société future. Il faudrait prescrire la publicité

de ces statuts, on pourrait ordonner qu'ils soient reproduits complètement dans les prospectus de la société ou sur les bulletins de souscription d'actions. Les souscripteurs sauraient de cette façon ce à quoi ils adhèrent.

7° On devrait savoir aussi d'une façon plus nette ce qui arrive quand on a désobéi au texte qui défend de négocier les actions avant la formation définitive de la société. On sait bien que ces négociations sont atteintes d'une sanction pénale, mais on ne sait pas si elles doivent être déclarées nulles ou valables. Il vaudrait peut-être mieux que la loi les déclarât nulles.

8° Le dépôt du versement légal ne devrait plus pouvoir être fait dans la caisse de l'un des fondateurs, il devrait être effectué au nom de chaque souscripteur, non pas dans une caisse publique, mais dans un établissement de crédit complètement étranger à la société. Cet établissement de crédit pourrait remettre aux fondateurs des fonds à la condition que ces fonds fussent employés, sous son contrôle, à acquérir des valeurs ne diminuant pas le capital social et pouvant être représentées lors de la constitution de la société. De plus cet établissement de crédit n'exigerait pas un versement en espèces, mais se contenterait d'un versement effectif.

9° Enfin on devrait remplacer la menace de la

nullité qui peut frapper la société par suite des oublis dans les formalités de constitution ou des fraudes des fondateurs pendant la période préparatoire par un système préventif de surveillance plus complet, à l'imitation de plusieurs lois étrangères.

Ces réformes ne semblent pas devoir se réaliser prochainement. Depuis la loi de 1867, cependant le progrès a marché, les conditions ne sont plus les mêmes, certaines modifications de l'organisation des sociétés sont devenues nécessaires. On les a souvent demandées au législateur, surtout dans les moments d'affolement produit par les crises financières. Dans une loi sur les sociétés on ne doit pas obéir uniquement à l'impression causée par les désastres qu'elles peuvent produire, on serait ainsi entraîné à une sévérité exagérée (1). Il faut également tenir compte des circonstances ordinaires, des intérêts du commerce qui devient de plus en plus difficile, de la concurrence étrangère toujours croissante et de la difficulté qu'aurait le travail à s'unir au capital si l'on imposait des conditions trop rigoureuses dans la constitution des sociétés.

L'effort le plus considérable pour réformer la loi sur les sociétés a été le projet déposé au Sénat en

1. A. Jacquaud (*Examen critique du projet de loi sur les sociétés par actions*, p. 19).

décembre 1883, mais il est resté presque tout entier à l'état de tentative.

De ce projet il n'est sorti que la loi de 1893, apportant quelques réformes utiles, mais trop courte et trop incomplète pour faire disparaître les abus.

Depuis 1893, le législateur n'a rien fait pour les sociétés par actions. Souhaitons qu'il ne reste pas trop longtemps inactif et que tout ce qui est imparfaitement réglé pendant la période constitutive soit prévu et soigneusement complété dans la prochaine loi sur les sociétés par actions.

Vu par le président,
THALLER

Vu par le doyen,
GARSONNET

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

Introduction. — Origine de la période constitutive . . .	Pages 1
--	------------

1^{re} PARTIE

Définition de la période constitutive

Chapitre premier. — Des sociétés par actions qui se forment sans appel au crédit public	7
Chapitre II. — Des cas dans lesquels il y a une période constitutive.	14

2^e PARTIE

Des trois sortes de contrats entre les futurs associés. — De leurs droits et de leurs obligations réciproques.

Chapitre 1 ^{er} . — Du contrat initial entre fondateurs. —	
Rapports des fondateurs entre eux	21
Section I. — Du fondateur unique	22
Section II. — De la pluralité des fondateurs	23
§ 1. — De la nature du contrat entre fondateurs	24
§ 2. — Des effets du contrat entre fondateurs	30
A. — Des bénéfices que les fondateurs stipulent. — Des parts de fondateurs.	30
B. — Des obligations des fondateurs entre eux.	38
§ 3. — De la forme du contrat entre fondateurs	44
§ 4. — De la définition du mot fondateur	46
Goiffon	12

Chapitre II. — Des contrats d'apport et des fonda- teurs apporteurs en nature	49
Section I. — Du contrat d'apport	49
§ 1. — Définition du contrat d'apport. . .	49
§ 2. — Premier effet du contrat d'apport : Création des actions d'apport.	52
§ 3. — Second effet du contrat d'apport : les apporteurs n'ont pas le droit de refuser la réalisation de leurs apports	55
A. — Irrévocabilité de la promesse d'apport.	55
B. — Nature de l'obligation de l'apporteur. Quand la propriété de l'apport est-elle trans- férée ?	56
C. — Effets de la mort de l'apporteur et de l'in- capacité de ses héritiers sur l'exécution du contrat d'apport	58
§ 4. — Des effets du contrat d'apport dans le cas de perte des apports en nature. . .	61
Section II. — Des assemblées générales de vérifi- cation d'apports ou assemblées constitutives .	63
§ 1. — Quel devrait-être le rôle des assem- blées de vérification d'apports ?	65
§ 2. — Rôle donné par la loi française aux assemblées constitutives	69
§ 3. — Inconvénients des moyens employés pour combler les lacunes de la loi . . .	75
§ 4. — Remèdes à apporter à l'insuffisance de la loi	84
Section III. — De l'exploitation des apports pen- dant la période constitutive	86
§ 1. — Des hypothèses dans lesquelles il peut être avantageux d'exploiter immédiate- ment les apports	86
§ 2. — Des conséquences des actes d'explo- itation anticipée des apports vis-à-vis des fondateurs qui les ont faits	89

Chapitre III. — Des contrats de souscription d'actions du capital en numéraire obtenu par ces contrats et des rapports entre fondateurs et souscripteurs pendant la période constitutive	95
Section I. — Définition du contrat de souscription d'actions	99
Section II. — Conséquences du contrat de souscription d'actions.	109
§ 1. — Obligations des souscripteurs. Obligation pour les souscripteurs de maintenir leurs souscriptions	109
§ 2. — De ce qui est interdit relativement aux souscriptions et au capital en numéraire de la société pendant la période constitutive	114
A. — De la circulation des certificats provisoires d'actions	114
B. — Des emprunts pendant la période constitutive	122
C. — Des souscriptions fictives.	123
D. — De l'impossibilité pour le fondateur, pendant la période constitutive, de se servir du numéraire versé	128
§ 3. — Des obligations des fondateurs envers les souscripteurs	131
A. — De l'obligation de confier le capital versé à un dépositaire pendant la période constitutive. De l'exigence du versement en espèce.	131
B. De l'obligation pour les fondateurs de constituer la société.	142
C. De l'impossibilité pour les fondateurs de livrer toutes les actions qu'ils ont promises, par suite de la surabondance des souscriptions.	145
Section III. — Conséquences pour les fondateurs de leurs fraudes pendant la période constitutive.	148

TROISIÈME PARTIE

De l'état de la société pendant sa période constitutive.

Chapitre premier. — De la société en constitution personne morale.	155
§ 1 ^{er} . Des Sociétés en constitution d'après la loi anglaise	156
§ 2. Des raisons qui s'opposent à ce qu'on adopte en France le système anglais	159
Chapitre II. — De la société en constitution en droit français	167
Conclusion.	171
Table des matières	177

